# Die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft nach altem und neuem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

**hohen juristischen Fakultät**

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Ferdinand Dolwezel**
aus Stadtamhof
Rechtspraktikant am k. Landgericht Fürth.

Approbiert am 26. Oktober 1907.

ACAD
UNIV BAT
PUBL

**Erlangen 1907.**
Druck der Universitäts-Buchdruckerei von E. Th. Jacob.

77

Referent: Herr Univ.-Professor Dr. Sehling.

Herrn k. Universitätsprofessor

Dr. Emil Sehling

in Verehrung und Dankbarkeit

gewidmet.

# Litteraturverzeichnis:


Anschütz und Völderndorff, Handelsgesetzbuch, Erlangen 1870.

Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht, Frankfurt a. M. 1861.

Auerbach, Neues Handelsgesetz, Frankfurt a. M. 1863.

Bähr in Ihering's Jahrbüchern Bd. XIII: »Ueber die Verpflichtung zur Rechnungslegung.«

Behrend, Handelsrecht, Berlin 1886.

Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im bürgerl. Gesetzbuch.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Brinkmann, Handelsrecht, Heidelberg 1853—1860.

Brinz, Pandekten.

Busch: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von Busch.

Code civil.

Code de commerce.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1888.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.

Dernburg, Pandekten, Berlin 1891.

Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des königlichen Obertribunals.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, Berlin 1893 und 1899.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Civilprozessordnung 4. Auflage.

Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 1902.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1903.

v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Hauser, Zur Lehre von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für »gemeinschaftliche Rechnung« im Central-Organ für das deutsche Handels- und Wechselrecht Bd. VIII S. 8.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.

Jäger, Konkurs-Ordnung 1899—1902.

Ihering's Jahrbücher für Dogmatik. Bd. XIII.

Keyssner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch 1870.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft, Jena 1901.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten, Berlin 1857.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906, 2. Aufl.

Oesterreichisches B.G.B.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1. und 2. Aufl.

Preussisches Landrecht.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs von J. Lutz, Würzburg 1858.

Protokolle der zweiten Kommission für den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.

Puchelt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Leipzig 1885.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch 1894.

Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaften und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.

Schultze, Die Gelegenheitsgesellschaft, 1895.

Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in Deutschland.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1893.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Auflage 1906.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 1906.

Sydow in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Ueber Consortien oder sog. Syndikate zur Aktienbegebung.

Thoel, Das Handelsrecht, 6. Auflage.

Treitschke, Gewerbegesellschaft, Leipzig 1894.

Windscheid, Pandekten, Frankfurt a. M. 1891.

Windscheid-Kipp, Pandekten, Auflage 9, herausgeg. v. Th. Kipp 1906.

Wolff in Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts Bd. XVIII.

Erster Teil.

# Die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft nach altem Recht.

## § 1. Name, Begriff, Abschluss.

Im deutschen Handelsgesetzbuch vom 10. November 1867 enthielten das 2. und 3. Buch das Recht der Gesellschaften. Und zwar behandelte das 2. Buch die offene Handelsgesellschaft die Kommanditgesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und Aktiengesellschaft, während im 3. Buch von der stillen Gesellschaft und den Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften die Rede war.

Der Verteilung der Gesellschaften auf die zwei Bücher lag die Erwägung zu Grunde, dass die drei zuerstaufgeführten Gesellschaftsformen Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuches waren, während den beiden andern Gesellschaften die spezifischen Merkmale der Handelsgesellschaften fehlten. Sie sind wohl handelsrechtliche Gesellschaften, aber nicht Handelsgesellschaften.

Von den beiden Gesellschaftsformen des dritten Buches soll die an 2. Stelle genannte den Gegenstand unserer Darstellung bilden.

Was den Namen für diese Art von Gesellschaften anlangt, so gibt uns der Gesetzestext eine prä-

zise Bezeichnung nicht an die Hand, vielmehr wurden im Laufe der Zeit und in den Gesetzbüchern verschiedener Länder eine Menge von Ausdrücken geschaffen, die dem Sinne der Sache mehr oder weniger nahekommen. Am schlechtesten passt entschieden die Bezeichnung: »Spekulations-Verein« und zwar aus dem Grunde, weil in letzter Linie jede Erwerbsgesellschaft, gleichviel welchem Zwecke sie im übrigen dient, eine Spekulation verfolgt und aus diesem Namen das Wesen einer nur zu einem gelegentlichen Handelsgeschäft eingegangenen Vereinigung absolut nicht ersichtlich ist.

Ebenso wenig zutreffend dürfte auch die dem italienischen Handelsgesetzbuche entstammende Bezeichnung »Gesellschaft à conto meta, terza etc.« sein, weil aus diesem Ausdruck nicht auf das Wesen der Gesellschaft geschlossen werden kann, sondern lediglich hervorgeht, mit welcher Quote die Gesellschafter an dem Unternehmen beteiligt sind.

Auch durch die Bezeichnung »associazione in participazione« des italienischen Handelsgesetzbuches von 1882 wird das Wesen der Gesellschaft nicht getroffen; denn einmal wird hier nicht das Moment des Gelegentlichen betont und zum andern können nur Kaufleute oder Handelsgesellschaften solche Vereinigungen schliessen, während nach deutschem Recht die Kaufmannseigenschaft entbehrlich ist. Ueberhaupt ergibt sich aus der Definition deutlich, dass das italienische Recht die Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften und die stille Gesellschaft verquickt hat [1]), wie dies auch im spanischen und portugisischen Recht der Fall ist.

1) Italien. Handelscodex Art. 177.

Näher kommt schon die Bezeichnung des Code de commerce, der von einer »association en participation« spricht; eine Bezeichnung, die vielfach gebraucht wird.

Noch besser sind Bezeichnungen wie »societas monumentanea oder accidentalis«, weil aus ihnen die zufällige, die nur für den Augenblick zustandegekommene Vereinigung ersichtlich ist.

Am richtigsten und jedenfalls in nnserem Rechte am meisten verbreitet ist der Name »Gelegenheitsgesellschaft«; eine Bezeichnung, deren sich sowohl das R.O.H.G. bedient hatte [1]), wie auch das Reichsgericht bedient [2]), weil schon aus dem Namen hervorgeht, dass es sich um eine Vereinigung handelt, die nur dann eingegangen wird, wenn sich Gelegenheit zu einem lukrativen Handelsunternehmen bietet.

Im kaufmännischen- und Börsenverkehr spielen die Namen »Consortien« und »Syndikate« eine grosse Rolle. Diese stellen einen Hauptfall der Gelegenheitsgesellschaft dar und dienen insbesondere zur Begebung von Aktien und anderen mit Börsenkurs ausgestatteten Wertpapieren.

Gelegenheitsgesellschaft ist die Vereinigung zweier oder mehrerer Personen zum Abschluss eines oder mehrerer einzelner im Voraus nach Art und Dauer bestimmter Handelsgeschäfte für gemeinschaftliche Rechnung. Erfordert wird also zunächst, dass die Geschäfte Handelsgeschäfte sind. Doch ist es nicht nötig, dass das betreffende Geschäft sich als objektives Handelsgeschäft qualifiziert, sondern es

1) Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. VIII. 47, 49; IX. 162; XIV 236, 237; XVI 1; XVII 398; XXIV 11.

2) Entsch. des R.G. VI 79, 80.

genügt, wenn dasselbe nur bei gewerbsmässigem Betrieb ein Handelsgeschäft ist, vorausgesetzt, dass der socius, in dessen Namen es geschlossen werden soll, ein Kaufmann oder eine Handelsgesellschaft ist [1]).

Auch der Umstand, dass eine Vereinigung geschieht zu einem Geschäfte, das lediglich dadurch zu einem Handelsgeschäfte gestempelt wird, weil nach Art. 273, 274 alle Geschäfte, die ein Kaufmann abschliesst, als Handelsgeschäfte anzusehen sind, ist nicht geeignet, das Zustandekommen einer Gelegenheitsgesellschaft zu verhindern. Nur ist es an die Bedingung geknüpft, dass beide Teile Kaufleute sind [2]), oder doch mindestens bei dem, in dessen Namen der Abschluss erfolgt, die Kaufmannseigenschaft vorhanden ist [3]).

Trifft die Kaufmannseigenschaft nur bei dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen socius zu, wie das z. B. bei einer Vereinigung zwischen Frachtführer und Gutsbesitzer zu dem einen oder andern Frachtgeschäft, bei welchem letzterer allein die Geschäfte führen soll, der Fall ist, so ist damit keine Gelegenheitsgesellschaft gegeben; ebensowenig, wenn nur der Gegenkontrahent Kaufmann ist [4]).

Hier handelt es sich um Nichthandelsgeschäfte und eine Vereinigung zu derartigen Geschäften ist keine Gelegenheitsgesellschaft im Sinne der Art. 266 bis 270. Erwähnt sei noch, dass nach Art. 275 hierunter auch die Verträge über Liegenschaften zu zählen sind. Eine Vereinigung zum gemeinschaft-

---

1) Hauser im Centr. Org. N. F. Bd. VIII S. 9.

2) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. VIII S. 47, Bd. XIII, 313.

3) Endemann, Handelsr. S. 286.

4) Behrend § 30, Anm. 9.

lichen An- oder Verkauf von Grundstücken ist deshalb keine Gelegenheitsgesellschaft [1]), ebenso nicht die Vereinigung von Grundstücksmaklern zum Zweck der Vermittlung eines Immobiliengeschäfts. Dies ist jedoch anders für den Fall, dass die Grundstücksmakler Kaufleute sind und ihre auf Vermittlung abzielenden Geschäfte aus diesem Grunde sich als Handelsgeschäfte darstellen, weil man hier als unmittelbares Objekt des Geschäfts nicht die Grundstücke, sondern die Vermittlung zu betrachten hat [2]).

Eine Gelegenheitsgesellschaft wird nicht gebildet durch eine Vereinigung, die die Pacht eines Grundstücks bezweckt [3]) oder den Einkauf von Warenvorräten, die lediglich zur Selbstkonsumtion bestimmt sind, denn im ersten Falle trifft Art. 275 zu und im zweiten Falle fehlt es an dem von Art. 271 verlangten Moment der Weiterveräusserungsabsicht, vorausgesetzt ist hiebei natürlich, dass den socii die Kaufmannseigenschaft fehlt.

Wesentlich für den Begriff der Gelegenheitsgesellschaft ist ferner, dass es sich um einzelne Handelsgeschäfte handelt. Damit scheidet der dauernde, gewerbsmässige Betrieb aus [4]).

Wenn jedoch die Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten, Berlin 1857 S. 99 verlangen, dass sich die Geschäfte als vereinzelte, z. Zt. der Vereinbarung bereits als

---

1) R.O.H. 12. S. 53.

2) R.O.H. 10. S. 425. R.O.H. 13. S. 313; 16. S. 1; R.G. 1. S. 258; 23. S. 132.

3) R.G. 6. S. 8.

4) R.G. 9 S. 108. vgl. Motive S. 99; R.O.H.G. 9 S. 160; R.G. 13 S. 230; 14 S. 126.

solche bestimmt zu bezeichnende darstellen, so dürften dieselben doch zu weit gehen. Es dürfte genügen, wenn man mit dem R.O.H.G. für die Existenz einer Gelegenheitsgesellschaft verlangt, dass die Geschäfte lediglich ihrer Art und dem Umfang nach im Vornherein bestimmt sind [1]).

Schwierig ist es in diesem Punkte natürlich zu sagen, in welchem Fall eine Gelegenheitsgesellschaft vorliegt, denn die Grenze zwischen der Gelegenheitsgesellschaft und den übrigen Gesellschaften ist eine äusserst feine. Am zweckmässigsten wird sich wohl der Begriff der Gelegenheitsgesellschaft aus dem Willen der Teilnehmer heraus interpretieren lassen. Daraus z. B., dass ein Geschäft in so und so viele kleine Geschäfte zerfällt, wird man noch lange nicht folgern dürfen, dass der Betrieb gewerbsmässig sei. Ebensowenig kann man andererseits z. B. das Vorhandensein einer Gelegenheitsgesellschaft annehmen, wenn man weiss, dass die Teilnehmer die Vereinigung schlossen zum Zweck eines gewerbsmässigen Betriebs, infolge irgendwelcher Umstände aber nur vereinzelte Geschäfte abgeschlossen wurden. Andererseits widerstrebt es nicht dem Begriffe der Gelegenheitsgesellschaft, wenn ein Konsortium längere Zeit bestehen bleibt, um die sich bietenden Gelegenheiten zu gemeinsamen Spekulationsgeschäften regelmässig zu benützen. Jedoch müssen sich letztere als zusammenhanglose, für sich gesonderte und gewissermassen zufällige darstellen, weil die Vereinigung sonst in das Gebiet der Handelsgesellschaften mit

1) R.O.H.G. XIII S. 1 »Vorübergehende Vereinigung von Kaufleuten zum An- und Verkauf von Munitions- und Metallbeute in Frankreich.«

dauerndem Betriebe eines Handelsgewerbes hinüberspielt [1])

Wenn sich also zwei oder mehr Leute zusammenschliessen, um von einem Waldbesitzer dessen gesamten Waldbestand zu kaufen [2]), um ihn alsdann nach und nach, gelegentlich, an das Publikum zu verkaufen [3]), so ist eine derartige Vereinigung eine Gelegenheitsgesellschaft.

Wie ist es, wenn der mit der Ausführung betraute Teilnehmer zugleich ein derartiges Handelsgewerbe für eigene Rechnung betreibt? Auch hier liegt eine Gelegenheitsgesellschaft vor, vorausgesetzt, dass die Beiträge der einzelnen Teilnehmer sich nicht als Einlage zu dem ganzen Handelsgewerbe darstellen [4]). Das R.O.H.G. erwähnt hiezu folgenden Fall: »Es schliesst z. B. Jemand mit einem Mühlenbesitzer einen Vertrag dahin ab, dass er letzterem regelmässig eine Summe Geldes zum Ankauf von Getreide einhändigt, der Mühlenbesitzer das Mahlen und den Verkauf des Mehles zu besorgen hat und der Reingewinn eines jeden Geschäftes nach Abzug einer kleinen Vergütung für das Mahlen unter die Teilnehmer geteilt wird.«

Ein wichtiger Unterschied von den Handelsgesellschaften liegt in dem Fehlen eines gewerbsmässigen Betriebs.

---

1) Vgl. Auerbach »Neues Handelsgesetz« S. 241.

2) Hier ist nämlich davon auszugehen, dass es sich um ein Geschäft nach Art. 271 Nr. 1, und nicht um ein solches über Immobilien nach Art. 275 handelt. Denn die Bäume sind hier, auch solange sie noch im Boden wurzeln, bereits als mobilisiert zu denken.

3) Vgl. R.O.H. Bd. X S. 26; vgl. auch Schultze S. 13.

4) R.O.H.G. S. 162. Vgl. Staub II. Aufl. S. 629.

Aber auch in der Struktur ist die Gelegenheitsgesellschaft wesentlich verschieden von den Handelsgesellschaften. Während bei der Handelsgesellschaft stets ein von dem Vermögen der Teilnehmer gesondertes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, gleichgültig, ob die Handelsgesellschaft den Charakter einer juristischen Person trägt, wie dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist, oder nicht, gibt es das bei der Gelegenheitsgesellschaft nicht.

Damit ist natürlich nicht gesagt, dass bei der Gelegenheitsgesellschaft ein Gesellschaftsvermögen nicht möglich wäre. Ein solches ist wohl denkbar und wird auch meist vorhanden sein, aber es stellt sich als communis pecunia dar, d. h. es wird durch die von den Teilnehmern gemachten Einlagen und den gemeinschaftlich erzielten Gewinst gebildet und hat keine von dem Vermögen der einzelnen Mitglieder getrennten rechtlichen Schicksale.

Aber nicht nur von den Handelsgesellschaften des II. Buches, sondern auch von der gleichfalls zu den bloss handelsrechtlichen Gesellschaften gerechneten stillen Gesellschaft unterscheidet sich die Gelegenheitsgesellschaft trotz der vielen Berührungspunkte, die beiden Gesellschaftsarten gemeinsam sind, z. B. dem Fehlen des Gesellschaftsvermögens und der Firma.

Gleich den Handelsgesellschaften ist auch der stillen Gesellschaft der gewerbsmässige Betrieb eigentümlich und sie ist ohne ihn ebenso undenkbar, wie die Gelegenheitsgesellschaft umgekehrt mit einem solchen.

Ausser diesem rein äusserlichen Unterschied besteht aber zwischen beiden Gesellschaften auch noch

insofern ein Unterschied in der inneren Struktur, als nach Art. 250 H.G.B., der die Beteiligung jemandes an dem Betrieb des Handelsgewerbes eines Andern verlangt, vorausgesetzt ist, dass dieser Andere Kaufmann ist, während, wie oben erwähnt, zur Eingehung einer Gelegenheitsgesellschaft die Kaufmannseigenschaft nicht erforderlich ist.

Ausserdem ist in der Fassung des Art. 250 gleichzeitig enthalten, dass die Zahl der Teilnehmer an einer stillen Gesellschaft nur zwei sein darf, sodass in dem Fall, wo sich mehrere Personen an dem Betrieb des Handelsgewerbes eines Andern mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil an Gewinn und Verlust beteiligen, soviele stille Gesellschaften anzunehmen sind, als die Zahl der stillen Gesellschafter beträgt.

Der Art. 266 lässt hingegen die Zahl der Gelegenheitsgesellschafter offen.

Von einem Gesellschaftsvermögen oder auch nur von einer communis pecunia kann bei der stillen Gesellschaft keine Rede sein. Denn der Beitrag, den der stille Gesellschafter leistet, geht völlig in das Vermögen des mit der Geschäftsführung betrauten socius über, so dass der stille Gesellschafter lediglich Gläubiger des Complementärs wird.

Um an einer Gelegenheitsgesellschaft sich als socius beteiligen zu können, ist einzig und allein Rechtsfähigkeit der Mitglieder erfordert; nicht einmal Verpflichtungsfähigkeit wird verlangt, da ja jeder socius sich eines gesetzlichen Vertreters bedienen kann.

Vor allem aber ist es nicht nötig, dass ein Teilnehmer Kaufmann ist; jedoch müssen die von dem

Nichtkaufmann abgeschlossenen Geschäfte absolute Handelsgeschäfte sein.

Das Recht, eine Gelegenheitsgesellschaft zu gründen, beschränkt sich aber nicht auf die physischen Personen. Auch juristische Personen, z. B. Handelsgesellschaften, können jederzeit sich an einer Gelegenheitsgesellschaft beteiligen.

Was die Form des Gesellschaftsvertrages anlangt, so sagt Art. 266 im Gegensatz zu den gesetzlichen Vorschriften über das Zustandekommen der Handelsgesellschaften ausdrücklich, dass die Vereinigung zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung einer schriftlichen Abfassung nicht bedürfe. [1][2])

Da die Gelegenheitsgesellschaft nur eine handelsrechtliche Gesellschaft aber keine Handelsgesellschaft darstellt, so hat sie auch keine Firma [3]) und kein vom Privatvermögen der socii gesondertes Gesellschaftsvermögen; sie bildet keine nach aussen hervortretende Einheit, hat also auch keine Vertretung und weder ein Domizil noch einen Gerichtsstand. Ebenso ist ihr das Handelsregister verschlossen.

---

1) Die Formfreiheit bezieht sich auf den Gesellschaftsvertrag in seinem ganzen Umfang, also insbesondere auch auf die Vereinbarung von Conventionalstrafen. (R.G. bei Puchelt Anm. 4 c. zu Art. 317.)

2) Pr. LR. §§ 614, 615 II 8; Vgl. auch österr. bürgerl. Gesetzbuch § 1179; Code de commerce Art. 49 und 50, spanisch H.G.B. Art. 355, port. H.G.B. Art. 573.

3) Eine gemeinsame Firma hat die Gelegenheitsgesellschaft auch als Aussengesellschaft nicht (R.O.H. 14 S. 237). Würden die Gesellschafter eine solche annehmen, so würde die Gesellschaft dadurch zur offenen Handelsgesellschaft werden, ungeachtet der Absicht, nur einzelne Handelsgeschäfte zu betreiben. (Puchelt Anm. 15. Keyssner Anm. 5). Vgl. auch Staub II. Aufl. S. 630.

## § 2. Verhältnisse nach Innen.

Was das Verhältnis der Gesellschafter unter sich anlangt, so sind hiefür in erster Linie die bei Beginn der Gesellschaft ausgemachten Vereinbarungen massgebend; ist jedoch in dem einen oder andern Fall nichts besonderes bestimmt, so greifen die Grundsätze des H.G.B. Art. 266 ff., und, soweit dieses nichts bestimmt, das Handelsgewohnheitsrecht und subsidiär die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Sozietät Platz.

Wie schon aus den Worten »für gemeinschaftliche Rechnung« hervorgeht, haben die Gesellschafter die Pflicht, gleichmässig zu dem gemeinsamen Unternehmen beizutragen [1]). Wenngleich in den meisten Fällen die Einlagen in Geld bestehen, ist es doch nicht ausgeschlossen, dass ein Teilnehmer, anstatt eine Kapitaleinlage zu machen, lediglich seine Arbeit in den Dienst des Unternehmens stellt. Dafür bekommt er aber keine besondere Vergütung, wie dies bei dem commis interessé der Fall ist [2]), sondern er hat nur einen Anspruch auf den ihm im Gewinnfalle zufallenden Anteil. Natürlich kann sich ein solcher Gesellschafter für seine dem Unternehmen gewidmeten Dienste in einem Nebenvertrag eine Extravergütung versprechen lassen; aber diese ist im Zweifel nur dann zu bezahlen, wenn das Unternehmen Gewinn brachte und auch in diesem Falle stellt sie nur einen Vorzug dar, der sich geltend macht bei der Verteilung der Gewinnanteile. Sowie aber die Gesellschaft mit Unterbilanz arbeitet, oder doch wenigstens

2) Art. 267.

1) Ueber den Unterschied vgl. R.G. Bd. VI, 79.

der Gewinn kein wesentlicher ist, hat der betreffende Teilnehmer keinen Anspruch auf die Vergütung und kann auch nicht verlangen, dass er aus den Einlagen der übrigen entschädigt werde [1]).

Nur in den Fällen steht ihm auch mangels besonderer Abrede ein Anspruch auf Provision zu, wo er auch als Nichtgesellschafter für seine Bemühung eine Provision verlangen könnte, vorausgesetzt, dass eine solche ortsüblich und von den Parteien gewollt ist [2]). Die Auszahlung der Provision hat dann zu erfolgen, gleichviel, welchen Ausgang das Unternehmen gehabt hat; sie berechnet sich jedoch nur vom Anteil der übrigen Teilnehmer.

Bezüglich der Beiträge bestimmt Art. 267, dass die Teilnehmer mangels einer besonderen Verabredung in gleichem Verhältnisse zu dem gemeinsamen Unternehmen beizutragen verpflichtet sind, wie sie auch im Zweifel für die durch den Geschäftsbetrieb entstehenden Kosten gleichmässig aufzukommen haben [3]), d. h. die Kosten werden unter die Gesellschafter repartiert.

Die Tatsache, dass Einlagen gemacht sind, schliesst die Verpflichtung zu einem eventuellen Nachschusse nicht aus, ja diese Verpflichtung besteht sogar dann, wenn Einlagen vereinbart sind. Nur wird dann im Zweifel nicht das einfache Repartitionssystem Platz greifen, sondern sich die Nachschusspflicht je nach der Höhe der vertragsmässigen

---

1) O.A.G. Dresden. Art. vom 9. II. 1860. (Zeitschr. f. d. ges. Hr. Bd. VII 470.)

2) Keyssner, das Allgem. d. H. zu Art. 269, 3. — Allg. d. H. Art. 1 und Art. 279.

3) Allg. d. H. Art. 267. — Nürnberger Prot. S. 395, 1076.

Einlage richten [1]). Von dieser Nachschusspflicht ist aber auf jeden Fall derjenige socius befreit, der nur mit seiner Arbeit an dem Unternehmen beteiligt ist.

Laut Gesellschaftsvertrag kann der eine oder andere socius von jeglicher Verlusttragung entbunden sein. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass ihm auch die Beiträge erlassen seien, die zum Geschäftsbetrieb erforderlich sind. Er kann lediglich verlangen, dass bei Auflösung der Gesellschaft der Gewinn, den er auf Grund seiner Einlage erwarten durfte, ihm aus den Anteilen der übrigen geboten wird, sodass er keinen Verlust hat.

Wie so einerseits einzelne socii vom Verlust ausgeschlossen sein können, kann andererseits auch dem oder jenen Gesellschafter ein Minimalgewinn garantiert werden. Dahingegen ist eine Bestimmung, wonach einzelne Gesellschafter wohl am Verlust beteiligt sind, aber von vornherein von jedem Gewinn ausgeschlossen sind, (sogen. societas leonina) als wider die guten Sitten verstossend verboten [2]).

Die Vorschrift des Art. 267 gilt aber nicht nur in Bezug auf die vermögensrechtlichen Beiträge, sie findet auch Anwendung auf die Geschäftsführung.

Nach dem Gesetz sind alle Teilnehmer zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet, da sie ja

1) Keyssner, Allg. d. H. zu Art. 267; Puchelt, Comm. 3. Aufl. zu Art. 267, 3.

2) Ein solcher Vertrag ist nach gemeinem und preussischem Landrecht ungültig. fr. 29 § 1 D. pro socio 17, 2 Ulpianus lib. XXX ad Sabinum. »Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantem, alter damnum sentiret: et hanc societatem, »leoninam« solitum appellare et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret alter vero nullum lucrum sed dammun sentiret.«

auch gleichmässig Gewinn und Verlust tragen [1]); doch wird dieselbe zum Zweck der sachgemässeren und leichteren Handhabung meist einem der Gesellschafter übertragen [2]), oder aber die Geschäftsführung ist in der Art verteilt, dass, falls die Gesellschafter an verschiedenen Orten wohnen, jeder die an seinem Wohnorte sich ergebenden Geschäfte abschliessen muss [3]). Eine dritte Möglichkeit bestände noch darin, dass jeder socius eine sich ihm bietende Gelegenheit zum Abschluss eines Geschäfts ergreifen und das Geschäft auf gemeinschaftliche Rechnung eingehen soll [4]). In allen drei Fällen kann der socius die Geschäfte sowohl im eigenen Namen wie im Namen und Auftrage der Gesellschaft abschliessen [5]). Die Teilnehmer können aber auch ebensogut alle zusammen gemeinschaftlich handeln oder die betreffenden Geschäfte durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten vornehmen lassen [6]).

Mangels besonderer Abrede hat der geschäftsführende Gesellschafter für seine Dienste keinen Anspruch auf Vergütung, sondern nur auf Ersatz seiner Auslagen [7])

Das preussische Handelsgesetzbuch war allerdings der Meinung, dass dem Geschäftsführenden

---

1) Art. 267; Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. § 203 I not. 2. — Puchelt, Comm. 3. Aufl. zu Art. 267 I.

2) Allg. d. H. Art. 270 — Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. VII S. 466 ff.

3) Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. VII S. 469, 4.

4) Entsch. des R.O.H.G. Bd. XIV S. 88.

5) Art. 269.

6) Art. 269, Abs. II.

7) Puchelt Anm. 3 zu Art. 268.

socius ein Recht auf Provision zustehe, da er ja nach Art. 268 H.G.B. hiezu keine ausschliessliche Verpflichtung habe [1]). Aus diesen Erwägungen heraus bekam Art. 210 d. pr. H.G.B. den Zusatz und »Er (der Geschäftsführer) ist berechtigt, für die Geschäftsbesorgung eine Vergütung zu verlangen [2]).«

Der dem pr. H.G.B. zugrunde liegende Gedanke, dass eine Vergütung des Geschäftsführers ein Gebot der Billigkeit sei, wurde jedoch in den Kommissionsberatungen nicht geteilt und deshalb der obenerwähnte Passus gestrichen [3]).

Im allgemeinen haftet jeder socius in Gesellschaftsangelegenheiten für diligentia quam suis, d. h. er darf nicht leichtsinniger handeln, als er es in eigenen Geschäften tun würde [4]). Insbesondere ist derjenige Gesellschafter, dem die Geschäftsführung übertragen ist, zur grössten Gewissenhaftigkeit verpflichtet. So darf er z. B. ein Geschäft nur dann abschliessen, wenn er die Ueberzeugung gewonnen hat, dass der Geschäftsabschluss im Interesse der Gesellschaft liegt und die Genossen mit seiner Handlungsweise einverstanden sind.

So wäre z. B. der Verkauf von Waren zu einem billigeren Preise, als er von den Gesellschaftern angesetzt ist, nur dann erlaubt, wenn der gewünschte Preis nicht erreicht werden kann und voraussichtlich

---

1) Vgl. Motive.

2) Vgl. österr. BGB. § 1193.

3) Protokolle S. 298.

4) O. A. G. zu Wiesbaden, Art. vom 9. I. 1857 (Zeitschr. . d. ges. Handelsr. Bd. VII S. 464 ff.)

auch in absehbarer Zeit keine Preissteigerung zu erwarten ist [1]).

Ja, diese Verpflichtung zur Sorgfalt geht soweit, dass er die Konsorten von jedem erheblichen Schritt benachrichtigen muss, widrigenfalls die Teilnahme am Verlust unter Umständen abgelehnt werden kann [2]). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Unterlassung der Benachrichtigung für den eingetretenen Verlust kausal war [3]), oder wenn der socius durch die von ihm vorgenommenen Handlungen den Gesellschaftszweck vereitelt hat [4]).

Die Verpflichtung zur Geschäftsführung beschränkt sich jedoch nicht blos auf den Abschluss der im Betrieb des Unternehmens vorkommenden Geschäfte, sondern sie umfasst auch alle diejenigen Massnahmen, die erforderlich sind, um das Geschäft zustande zu bringen.

So hat z. B. der Geschäftsführer einer Gelegenheitsgesellschaft, die zum Zweck des An- und Verkaufs einzelner Waren für gemeinschaftliche Rechnung gegründet ist, nicht blos den An- und Verkauf, sondern auch die Geschäfte zu besorgen, die sich auf Empfang, Verladung, Beförderung der Güter beziehen, ferner hat er auch die erforderlichen Arbeiter und sonstigen Hilfspersonen zu engagieren und auszuzahlen, ohne dass es dazu eines besonderen Auftrags bedarf [5]).

---

1) Renaud S. 213; vgl. Erk. d. O.A.G. zu Lübeck vom 29. Juni 1858 (Zeitschr. f. d. ges. Hr. Bd. VII S. 466 ff.) — Wolff in Busch's Archiv Bd. XVIII S. 275.

2) R.O.H. 22 S. 177.

3) Bolze 6 Nr. 628.

4) R.O.H. 22 S. 182.

5) Entsch. des R.O.H.G. Bd. XIII S. 2 ff.

Was von der Pflicht des Geschäftsführers gesagt ist, das gilt auch für die übrigen Gesellschafter. Insbesondere hat jeder Gesellschafter den durch Nichterfüllung seiner Pflichten entstandenen Schaden den übrigen zu ersetzen. Unter Schaden wird hier auch der entgangene Gewinn verstanden [1]). Gehaftet wird, wie bereits erwähnt, für diligentia quam suis; diese hat der Gesellschafter zu beweisen [2]).

Dahingegen kennt die Gelegenheitsgesellschaft keinerlei Konkurrenzverbote. Sowohl der gewöhnliche wie auch der geschäftsführende Gesellschafter können dieselben Geschäfte, die sie im Betrieb der Gesellschaft machen, auch für eigene Rechnung abschliessen [3]). Ja, er darf sogar zu diesem Zwecke mit Geldern der Gesellschaft operieren, ohne verpflichtet zu sein, den etwaigen Gewinn mit den andern zu teilen [4]). Er ist lediglich verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der durch eine solche Verwendung entsteht [5]).

Die Verteilung von Gewinn und Verlust wird durch Art. 268 normiert; sie geschieht mangels anderweitiger Bestimmung in der Weise, dass die Einlagen verzinst und der nach Abzug dieser Summe restierende Betrag nach Köpfen verteilt wird. Diese

---

1) Bolze 3 Nr. 772.

2) Puchelt, Anm. 7 zu Art. 269; Windscheid Pandekten 406 Nr. 1. — Nach allg. L.R. bestand bei entgeltlicher Geschäftsführung eine grössere Pflicht zur Sorgfalt § 212 I 17 A.L.R.

3) H.A.G. zu Nürnberg in Busch's Archiv Bd. XIII. S. 24 ff. — Wolff in Busch's Archiv Bd. XVIII S. 270.

4) l. 67 § 1 D. pro socio (17,2) dagegen Wolff a. a. O. S. 270.

5) Treitschke, Gewerbegesellschaft S. 78.

Vorschrift ist jedoch nur subsidiär; meist wird wohl im Vertrag der Anteil der einzelnen socii an Gewinn und Verlust festgelegt sein. Die Gesellschafter sind hiebei an keine Norm gebunden: Sie können die Gewinne nach Belieben verteilen.

Anders der Entwurf des preuss. H.G.B. Ihm zufolge sollte, falls keine andere Bestimmung entgegenstand, für Gewinn und Verlust die Höhe der Einlage massgebend sein [1]).

Diese von Preussen vorgeschlagene Fassung wurde jedoch von dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch verworfen, weil die Unzweckmässigkeit einer derartigen Bestimmung auf der Hand lag. Wäre doch dem Teilnehmer, der keine Vermögenseinlage macht, sondern sich nur mit seinen Diensten an dem Unternehmen beteiligt, durch eine derartige Bestimmung von vornherein jede Gewinnchance verschlossen und er lediglich auf die ihm aus Art. 210 gebührende Vergütung angewiesen.

Wenn das Gesetz von »Einlage« spricht, so ist dieser Ausdruck insofern nicht ganz glücklich gewählt, als in den meisten Fällen eine Uebertragung der einzulegenden Sache an eine andere Person oder an eine Gemeinschaft nicht erfolgt [2]). Unter Einlage will vielmehr derjenige Sachbegriff verstanden sein, der bestimmt ist, den Zwecken der Gelegenheitsgesellschaft zu dienen und aus diesem Grunde anderweitig nicht verwendet werden darf. Dass das Geld in re einbezahlt wird, ist nicht nötig; es genügt, dass der Teilnehmer das Kapital in der Weise bereit

---

1) Art. 208 pr. H.G.B. Vgl. auch Motive S. 99.

2) Staub, allg. d. H.G.B. Art. 268 § 1.

hält, dass ihm selbst der Zinsgenuss entgeht [1]). Anders verhält es sich natürlich, wenn der Gesellschafter seine Einlage noch nicht völlig gemacht hat und über sein Vermögen frei disponiert. In diesem Fall bildet natürlich nur die wirklich eingezahlte Summe die Einlage, welche ihm von der Gelegenheitsgesellschaft zu verzinsen ist.

Da nun Zinsen nur vom eingezahlten Kapital bezahlt werden, so würde derjenige Genosse, der kein Kapital eingeschossen hat, leer ausgehen. Um dies zu verhüten, wird die geleistete Arbeit oder die materielle in einer Sache bestehende Leistung auf ihren Wert hin taxiert und darnach die Zinsen berechnet.

Die Höhe des Zinsfusses ergibt sich aus Art. 287 II: »In allen Fällen, in welchem in diesem Gesetzbuch die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen wird, sind darunter Zinsen zu sechs vom Huudert jährlich zu verstehen [2]).« Durch diese Zinsen wird der Verlust erhöht, der Gewinn vermindert. Verzinst wird nur die ursprüngliche oder die verminderte Einlage, während eine Verzinsung des nicht erhobenen Gewinnes nur für den Fall ausdrücklicher Vereinbarung erfolgt. Erfolgen dagegen zur Realisierung der Erreichung des Gesellschaftszwecks Nachzahlungen, so müssen auch diese verzinst werden.

Bei Berechnung des Gewinnes werden vorerst die Zinsen von den eingezahlten Geldern in Abzug

1) v. Hahn, Comm. 3. Aufl. zu Art. 268 § 3.

2) Anschütz und Völderndorf, Comm. zu Art. 268, v. Hahn, Comm. 3. Aufl. zu Art. 268, § 4, Wolff in Busch's Archiv Bd. XVIII S. 266 not. 27.

gebracht, der noch verbleibende Rest stellt den Gewinn dar und wird nach Köpfen unter die Genossen verteilt. Reicht der erzielte Gewinn gerade aus, um den Teilnehmern die Zinsen für ihre Einlagen zu erstatten, so bedeutet das einen Verlust, von dem alle gleichmässig betroffen werden.

Art. 268 greift nach seinem Wortlaute jedoch nur dann Platz, wenn sowohl im Gewinn- wie im Verlustfall eine Repartition nach Köpfen vereinbart ist. Auf Gelegenheitsgesellschaften, die nur für den Fall des Gewinnes oder nur für den Verlustfall eine Verteilung nach Köpfen vorsehen, findet er keine Anwendung.

Haben die Parteien blos für den Fall des Gewinnes eine Vereinbarung über die Verteilung getroffen und verwirklicht sich ihr Wunsch, so hat die Verteilung in der Weise vor sich zu gehen, wie es ausgemacht war.

War umgekehrt eine Verteilung nur für den Fall vorgesehen, dass das Unternehmen missglückt, so tragen die socii den tatsächlich eingetretenen Verlust in der von ihnen vertragsmässig geregelten Weise.

Wie aber, wenn eine Gelegenheitsgesellschaft, die, in der sicheren Erwartung, einen Gewinn aus dem Unternehmen zu schlagen, nur Bestimmungen über die Gewinnverteilung getroffen hat, plötzlich falliert? Hier erhebt sich die Frage: Treten in diesem Fall ergänzungsweise die Bestimmungen des Art. 268 inkraft, wonach mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung der unerwartet eingetretene Verlust unter die Teilnehmer nach Köpfen verteilt werden müsste, oder ist nach Analogie des gemeinen Rechts zu vermuten, dass die Gesellschafter die Normen, die sie

für den günstigen Ausgang ihres Unternehmens aufgestellt hatten, auch jetzt noch gelten lassen wollen.

Die richtige Lösung dieser Frage dürfte das letztere sein. Denn Art. 268 sagt ausdrücklich »wenn über den Anteil am Gewinn und Verlust nichts vereinbart ist.« tritt eine Teilung nach Köpfen ein. Das Gesetz hat also nur den Fall im Auge, wo seitens der Gesellschafter weder die eine noch die andere Eventualität in Berücksichtigung gezogen wurde. In unserem Fall liegt jedoch die Sache anders. Die Parteien haben zwar nicht bezüglich des Gewinnes und des Verlustes Vereinbarungen getroffen, aber sie haben wenigstens erklärt: »Wenn unser Unternehmen einen günstigen Verlauf nimmt, soll der Gewinnst so und so verteilt werden.« Jedenfalls kann bei einer derartigen Sachlage nicht davon die Rede sein, dass »nichts« vereinbart sei und deshalb kann von einer analogen Anwendung des Art. 268 keine Rede sein. Man wird vielmehr in Anlehnung an die Grundsätze des Zivilrechts und mit Rücksicht auf die Natur einer derartigen Gesellschaft, bei der die Beteiligung an dem Unternehmen eine äusserst verschiedene sein kann, der Vermutung Platz geben müssen, dass die Gesellschafter in demselben Mass, in dem sie an dem Gewinn partizipieren sollten, auch von dem nunmehr eingetretenen Verluste betroffen werden sollen.

Ebenso ist zu entscheiden, wenn die Gesellschafter, die lediglich für den Fall eines Verlustes vereinbart haben, in welcher Weise der einzelne von dem zu erwartenden Verlust getroffen werden soll, plötzlich statt des Verlustes einen Gewinn erzielen.

Hier werden wohl dieselben Erwägungen massgebend sein, wie in dem vorher erwähnten Falle. Wenn die socii auch blos die Eventualität des Verlustes berücksichtigt haben, so ist doch aus dem Umstand, dass sie für den Eintritt des von ihnen erwarteten Nichterfolges besondere Abmachungen bezüglich der Höhe der Verlusttragung trafen, zu entnehmen, dass sie dadurch die gesetzlichen Bestimmungen[1]) hintanhalten wollten und es ist zu vermuten, dass das, was für den einzelnen Fall vereinbart wurde, auch beim Eintritt des Gegenteils von dem Gewollten gelten soll [2]).

Ergeben sich Meinungsverschiedenheiten über die Art der Verteilung vom Gewinn und Verlust, so trifft die Beweislast immer denjenigen, der eine Abweichung von der gesetzlichen Regel behauptet [3]). Sind die Gesellschafter zwar darüber sich klar, dass die gesetzlichen Bestimmungen nicht Platz greifen sollen, können sie aber bezüglich des ausgemachten Verteilungsmodus nicht einig werden, so hat derjenige zu beweisen, der sich auf einen abweichenden Modus beruft [4]).

Im Zweifel hat die Verteilung von Gewinn und Verlust nach Beendigung der Gesellschaft zu erfolgen. Der Art. 268 sagt darüber nichts, er gibt nur die Normen für die Berechnung. Aus der Natur

---

1) Des Art. 268.

2) § 3. J. de societate: Illud expeditum est, si in una causa fuerit expressa veluti in solo lucro vel in solo damno: in altera vero omissa, in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari. — Wolff in Busch's Archiv Bd. XVIII S. 268.

3) R.G. VI S. 79.

4) Vgl. R.G. Bd. VII S. 45.

der Geschäfte kann aber auch eine früher erfolgende Verteilung zweckmässig erscheinen. So wird man z. B. annehmen müssen, dass bei Geschäften, die in keinem engen Zusammenhange stehen und deren Abschluss keine grossen Kosten verursacht, nach Abschluss eines jeden solchen Geschäftes die Abrechnung verlangt werden kann. Sie kann höchstens dann versagt werden, wenn anzunehmen ist, dass die noch nicht beendeten anderweitigen Geschäfte mit Verlust verbunden seien.

Jedoch darf der die Auszahlung verlangende Teilnehmer mit seinem Antrag nicht schon deswegen abgelehnt werden, weil Dritte eventuell Ansprüche geltend machen könnten [1]).

Auf keinen Fall kann die Auszahlung aber deshalb verweigert werden, weil noch eine zweite Sozietät mit dem Antragsteller besteht [2]).

Steht irgend ein Gegenstand im Miteigentum aller socii, so kann jeder die actio communi dividundo [3]) geltend machen.

Wenn jedoch im Vertrag eine entgegenstehende Bestimmung ausdrücklich aufgenommen ist, so kann diesem Antrag die Einrede »ne dividatur« entgegengestellt werden. Das Gleiche gilt natürlich auch, wenn ein derartiges Verlangen dem Gesellschaftszweck zuwiderläuft. Sobald aber die Gelegenheitsgesellschaft beendigt ist, muss dem Antrage stattgegeben werden [4]).

---

1) R.O.H.G. Bd. XXIII S. 94 ff. Vgl. Staub Art. 268 § 5.

2) R.O.H.G. Bd. XXIII S. 94.

3) l. 1; l. 2 pr. D. communi dividundo (10,3); l. 43 D. pro socio (17,2).

4) Entsch. des R.O.H.G. Bd. XIV S. 236 ff.

## § 3. Verhältnisse nach Aussen.

Da der Gelegenheitsgesellschaft eine Firma nicht zukommt, so tritt sie nach aussen als Gesellschaft nicht in die Erscheinung. Deshalb wird immer nur derjenige Gesellschafter dem dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet, der das fragliche Geschäft abschliesst. Selbstverständlich steht dem betreffenden Socius ein Regressrecht gegenüber den Mitgesellschaftern wegen seiner Ansprüche zu.

Meist wird wohl ein einziger Gesellschafter mit der Vertretung betraut, aber es ist auch denkbar, dass die Vertretung unter die Gesellschafter so verteilt ist, dass jeder die an seinem Wohnort vorkommenden Geschäfte abschliesst, oder dass jeder eine günstige Gelegenheit zum Abschluss wahrnehmen muss. Es gibt hier keine gesetzliche Bestimmung über die Vertretung wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Infolgedessen hat jeder nur die Vertretungsmacht, die ihm ausdrücklich eingeräumt ist. Im Zweifel handelt also jeder im eigenen Namen [1]) und es ist ganz gleichgültig, ob der Dritte um das Gesellschaftsverhältnis weiss oder nicht: der abschliessende Gesellschafter ist und bleibt allein dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet [2]).

Hat also der Gerent nur im eigenen Namen abgeschlossen, so wird er allein aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet. Das hat die Folge, dass, falls der Gegenkontrahent nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, nicht ein beliebiger Genosse oder die Gesamtheit der Teilnehmer als solche gegen ihn vor-

1) Seuffert Archiv Bd. X no. 46.

2) Art. 269 I. Vgl. auch Motive S. 100.

gehen kann, sondern blos derjenige, der mit ihm abgeschlossen hat. Soll im Falle der Verhinderung des Gerenten ein anderer Gesellschafter mit dem Dritten sich ins Benehmen setzen, so kann er dies nur, nachdem ihm der Gerent im Wege der Cession seine Ansprüche gegen den Dritten abgetreten hat.

Entsprechend muss natürlich auch in dem Fall verfahren werden, wo der Dritte einen Anspruch geltend macht. Mangels einer Firma kann sich der Dritte nur gegen den Gesellschafter wenden, der mit ihm im eigenen Namen kontrahiert hatte. Der Umstand, dass der Dritte gewusst hat, dass der Gerent das Geschäft für die Gesellschaft abschliessen wollte, ändert daran nichts. Es bleibt also dem Dritten nichts anderes übrig, als sich die dem Gerenten gegen seine Konsorten zustehenden Forderungen abtreten zu lassen.

Diese alleinige Berechtigung und Verpflichtung des abschliessenden Gesellschafters tritt auch dann ein, wenn er zwar im Namen aller abgeschlossen hat, er aber gar keine diesbezügliche Vollmacht erhalten hatte. Doch werden in diesem Fall durch eine nachträgliche Genehmigung sämtliche Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, weil der Gerent dem Dritten angedeutet hatte, dass er im Namen aller handeln wolle [1]).

Um die Genossen direkt zu verpflichten und zu berechtigen, ist es also nötig, dass der gerirende Gesellschafter in Vollmacht und im Namen der übrigen handelt, oder aber, dass die Gesellschafter sich insgesamt am Abschlusse des Geschäftes betei-

1) R.O.H.G. Bd. XIII S. 3; Thöl, Handelsr. § 203, II.

ligen oder einem Dritten hiezu Vollmacht erteilen. In diesem Falle entsteht Berechtigung und Verpflichtung aller Genossen und zwar, abweichend vom gemeinen Recht, nach H.G.B. Art. 281 Solidar-Berechtigung und Verpflichtung.

Ein Beispiel für die Solidarhaftung gibt uns R.O.H. in Bd. XIII S. 1 an die Hand: Im Jahre 1871 hatten sich 4 Kaufleute zusammengetan, um Munitions- und andere Metallbeute in Frankreich an- und zu verkaufen. Einer dieser Kaufleute hatte einen Gehilfen angestellt, der sich so fleissig und anstellig zeigte, dass ein Gesellschafter ihm als Belohnung eine Extraremuneration von 500 Thalern versprach; die andern drei Genossen stimmten nachträglich der Handlungsweise des socius zu.

Damit waren alle 4 Solidarschuldner geworden. Denn angenommen, der abschliessende Gesellschafter hätte durch sein Versprechen seine Vollmacht überschritten, so hat die nachträgliche Genehmigung durch die übrigen Teilnehmer diesen Mangel völlig geheilt. In Wirklichkeit war der Gerent aber dazu befugt, denn, da keiner der Beteiligten in der Geschäftsführung beschränkt war, so besass jeder der Geschäftsführer auch das Recht, alle diejenigen Nebengeschäfte vorzunehmen, die zur Ausführung des Unternehmens gehören.

Kraft der solidarischen Berechtigung ist jeder Gesellschafter befugt, das Ganze zu verlangen, während der Schuldner mit befreiender Wirkung gegenüber allen das Ganze an einen einzelnen Genossen leisten kann [1]). Ueber dieses Recht kann jeder Ge-

1) R.O.H. VIII S. 46. Obertribunalsentscheidungen 56 S. 297.

sellschafter im eigenen Namen frei verfügen zum Unterschied von einem vertretungsberechtigten offenen Gesellschafter, der das nur im Namen der Gesellschaft kann [1]). In dieser Verfügungsfreiheit zeigt sich der Unterschied der Aktiv-Korrealität von der gemeinsamen Berechtigung des preussischen Landrechts, das nur eine gemeinschaftliche Geltendmachung des Rechtsanspruchs kennt und das eine Benachteiligung der gemeinschaftlichen Interessen durch den eventuellen Verzicht eines Gläubigers ausschliesst [2]). Was die solidarische Verpflichtung anlangt, so ist hiefür Art. 281 H.G.B. massgebend.

Durch Vereinbarung kann die solidarische Berechtigung und Verpflichtung ausgeschlossen werden; doch genügt hiezu nicht, dass die Gesellschafter unter sich diese Vereinbarung treffen, es muss vielmehr auch der Gegenkontrahent seine Einwilligung dazu geben, dass die Solidarhaftung ausgeschlossen sein soll [3]). Ausdrücklich braucht diese Vereinbarung nicht zu sein, jedoch muss sie aus dem Ganzen als gewollt hervorgehen.

Das Gesetz spricht sich zwar über die Folgen der Solidarhaft im Einzelnen nicht näher aus, Art. 281 schliesst aber ausdrücklich die Einrede der Teilung und die der Vorausklage aus. Da über das Innenverhältnis der Solidarschuldner zu einander nichts gesagt ist, so sind hiefür die Vorschriften des bürgerlichen Rechts massgebend [4]). Daselbe gilt

---

1) Cosack § 66.

2) § 450 I. 5. A.L.R.

3) Staub, Art. 269 § 6 und Art. 280 § 4.

4) Das A.L.R. schreibt im Zweifel Regress pro rata vor §445 I. 5.

auch von der Teilung unter die Gesellschafter als Solidargläubiger[1]).

Durch Verletzung der ihm obliegenden Pflichten bei Abschluss des Geschäfts im Namen und Auftrage der Gesellschaft verpflichtet sich der Gerent zum Schadensersatz. Ueber den Begriff des »Schadens« gelten die Grundsätze des bürgerlichen Rechts[2]).

## § 4. Auflösung.

Nach Beendigung des gemeinschaftlichen Geschäfts muss der Teilnehmer, welcher dasselbe führte, den übrigen Teilnehmern unter Mitteilung der Belege[3]) Rechnung ablegen[4]).

Aus dem Wortlaut des Artikels 270 möchte es auf den ersten Blick erscheinen, als ob der Gerent lediglich in diesem Zeitpunkte die Verpflichtung zur Rechnungslegung habe, während er vorher einem diesbezüglichen Antrag nicht stattzugeben braucht. Eine solche Argumentation e contrario wäre jedoch ganz verfehlt. Denn der geschäftsführender Gesellschafter hat die Pflicht, die Genossen von jedem wesentlichen Schritt zu unterrichten[5]), und die Gesellschafter haben zweifelsohne das Recht bei Vorliegen wichtigen Grundes jederzeit Rechnungslegung zu verlangen. In besonders wichtigen Fällen hat im

1) R.O.H. Bd. 14 S. 237; R.G. 19 S. 167. Vgl. Staub Art. 266 § 7.

2) Bolze 3 Nr. 772.

3) Belege sind gemeinschaftl. Urkunden nach § 387 C.P.O.

4) Art. 270.

5) R.O.H. 22 S. 180.

Weigerungsfalle auf Antrag der übrigen Gesellschafter das Gericht die Rechnungslegung zu verfügen.

Die ausdrückliche Aufnahme eines diesbezüglichen Passus wurde jedoch in der 3. Lesung der Nürnberger Kommission abgelehnt in der Erwägung, dass die gesetzliche Verpflichtung des Gerenten zur Rechnungslegung bei der Auflösung den Consorten hinreichende Garantien biete und mit der Begründung, »dass es selbstverständlich sei, dass der Richter auf Antrag der Beteiligten aus dringenden Gründen zu jeder Zeit die Erteilung einer Abrechnung oder sonstiger Erklärungen unter Vorlegung der Bücher und Papiere anordnen könne, und ein argumentum e contrario zu fern liege, als dass es einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber bedürfen sollte« [1]).

Die Rechnungslegung soll den Gesellschaftern die Möglichkeit gewähren, zu prüfen, ob der Gerent seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, wie sich das Geschäft entwickelt und welche Resultate es erzielt hat, damit jeder Teilnehmer seinen Anteil verlangen kann [2]). »Sie hat«, um mit Bähr zu reden, »den Zweck, dass der Pflichtige alle Tatsachen darlege, nach welchen seine Verpflichtung bemessen werden könne« [3]).

Ueber die Form, in welcher die Rechnungslegung erfolgen soll, schweigt das H.G.B. Es wird also die Beurteilung der Frage, ob eine grössere oder geringere Spezifizierung erforderlich ist, sich stets nach der Lage des einzelnen Falles zu richten haben. So

---

1) Vgl. Protoc. S. 4554.

2) Vgl. R.O.H. XIV. S 88; XXV 179 u. 345. Vgl. auch Staub Art. 270, § 2.

3) Bähr in Jehring's Jahrbüchern Bd. XIII S. 286.

wird z. B. die Vorlegung der Handelsbücher nicht genügen, wenn sich herausstellt, dass dieselben schlecht geführt sind [1]).

Ueberhaupt wird die Art und Weise, in welcher die Rechnung zu stellen ist, stets von den in dem betreffenden Betriebe geltenden Grundsätzen abhängen. So wird man z. B. von dem Geschäftsführer eines nach kaufmännischen Prinzipien betriebenen Etablissements auch eine der kaufmännischen Buchführung entsprechende Rechnungslegung verlangen dürfen [2]).

Unter allen Umständen muss die gestellte Rechnung ein klares Bild von den Einnahmen und Ausgaben ergeben. Die Tatsache, dass einzelne Belege nicht vorhanden sind, macht die sonst ordnungsgemäss gestellte Rechnung nicht ungültig [3]), sondern hat bloss die Folge, dass die betreffenden Posten solange offen bleiben, bis der Gerent den Nachweis ihrer Richtigkeit erbracht hat [4]). Die blosse Behauptung der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit ist überhaupt nicht zu beachten, vielmehr ist die Angabe der unrichtigen oder fehlenden Posten unter genauer Begründung der erhobenen Beanstandung erforderlich, um die Rechnung zu verwerfen [5]).

Jeder Genosse ist berechtigt, im Klageweg Rechnungslegung von dem Gerenten zu verlangen [6]) und

---

1) R.O.H. Bd. XIII. S. 41.

2) R.O.H. 19. S. 346.

3) R.O.H. XIV. S. 88.

4) R.O.H. 7. S. 92.

5) Gareis-Fuchsberger S. 583 Anm. 58. Vgl. auch Staub Art. 270 § 2.

6) R.O.H. 5. S. 203.

zwar genügtes, wenn in der Klage lediglich der Geschäftskreis angegeben wird, bezüglich dessen Aufklärung verlangt wird; eine Aufzählung der einzelnen Geschäfte erübrigt sich, da diese ja einen Teil der Rechnungslegung bilden[1]). Dieser Klage kann seitens des Geschäftsführers nicht die exceptio non adimpleti contractus entgegengesetzt werden, weil der Kläger ebenfalls zur Rechnungslegung verpflichtet sei[2]). Diese Einrede wird vielmehr nur dann gebraucht werden dürfen, wenn der Beklagte die geforderte Rechnungslegung nur dann bewerkstelligen kann, wenn der Kläger seinerseits das Gleiche getan hat[3]).

Ist der Geschäftsführer auch lt. Gesellschaftsvertrags der Verpflichtung zur Rechnungslegung[4]) überhoben, so bleibt dennoch das Recht der Genossen auf Mitteilung von dem Ergebnis der Geschäftsführung bei Bestand[5]), dass der Verzicht sofort seine Gültigkeit verliert[6]), wenn dem Geschäftsführer eine Unredlichkeit nachgewiesen wird, versteht sich von selbst[7]). Ueber den Begriff »Unredlichkeit« vergl. Protokolle S. 196. Die Zeit der Rechnungslegung hängt ganz von der Dauer der Gelegenheitsgesellschaft ab. Bei zusammenhangslosen kleineren Geschäften geht die Vermutung dahin, dass die Rechnungslegung nach

---

1) R.O.H. 14. S. 87.

2) R.O.H. XVI. S. 48; Vgl. R.G. XXVI. S. 257; O.L.G. Kassel in Seuffert's Arch. 48 S. 35. Vgl. auch § 4. Art. 105 Staub.

3) Puchelt-Förtsch Anm. 2.

4) Vgl. Sydow a. a. O. S. 456.

5) R.O. H. XVII. S. 391.

6) So auch § 223, I 17. pr. LR.

7) Vgl. v. Hahn. Art. 270 § 6; R.O.H. Bd. XVIII S. 209. § 223. I 17. ALR.

jedesmaligem Abschluss eines solchen Geschäfts zu erfolgen hat.

Dagegen findet sie bei solchen Gelegenheitsgesellschaften, die auf längere Zeit eingegangen sind, alljährlich statt.

Hat der Gerent sich seiner Pflichten erledigt, so hat er gegenüber den übrigen Genossen einen Anspruch auf Decharge[1]).

Die Frage, wann die Gesellschaft als beendigt anzusehen ist, findet in Art. 270 keine Beantwortung. Es sind infolgedessen die civilrechtlichen Bestimmungen analog anzuwenden. Der häufigste Fall der Beendigung wird wohl der sein, dass der der Gesellschaft zu Grunde liegende Zweck erreicht, resp. seine Durchführung unmöglich geworden ist. Die Entscheidung der Frage, ob und wann diese Unmöglichkeit eingetreten ist, bleibt am besten der richterlichen Entscheidung überlassen. Die Beweislast hat der, welcher den Eintritt der Unmöglichkeit behauptet.

Darüber, ob der Tod eines Gesellschafters die Gelegenheitsgesellschaft zur Auflösung bringt, ist in dem die Gelegenheitsgesellschaft behandelnden Abschnitte des H.G.B. nichts gesagt. Deshalb hat man subsidiär das bürgerliche Recht anzuwenden. Nach gemeinem Recht wird durch den Tod eines socius die Gesellschaft beendigt. Anderer Meinung ist allerdings das preussische Landrecht[2]). Dieses vertritt die Anschauung, dass eine Gesellschaft, deren Zweck auf ein gemeinschaftliches Geschäft oder Gewerbe gerichtet ist, durch den Tod eines Mitgliedes dann nicht aufgelöst wird, wenn das verstorbene Mitglied

1) Renaud-Laband S. 244.

2) Pr.L.R. I. 17. §§ 278, 279, 280.

an dem Betriebe desselben nicht tätigen Anteil genommen hat, d. h. mit andern Worten: Nur der Tod eines mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafters hat die Auflösung zur Folge.

Es werden nun auch für das durch das gemeine Recht ergänzte Handelsrecht die gleichen Grundsätze behauptet, die das preussische Landrecht ausdrücklich aufgestellt hat, so z. B. von Renaud [1]). Dieser folgert aus Art. 297 H.G.B., dass nur der Tod eines geschäftsführenden Gesellschafters die Auflösung bedinge, während das Ableben eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Teilnehmers auf das Fortbestehen der Gesellschaft ohne Einfluss sei.

Es scheint mir aber, als ob der genannte Artikel auf Gesellschaftsverhältnisse nicht Anwendung finden solle, sondern nur auf Vollmachten, die der Kaufmann seinen Angestellten erteilt hat. Für diese hat die Ausnahme vom gemeinen Recht auch einen so guten Sinn, dass das B.G.B. sie jetzt verallgemeinert hat [2]).

Wie bedenklich die Anwendung des Art. 297 ist, ersieht man z. B. auch daraus, dass Renaud die Auflösung der Gelegenheitsgesellschaft in dem Falle annehmen muss, wo jeder der Gesellschafter Geschäfte führen darf, während er die Weitergeltung für den Fall behauptet, wo nur einer die Geschäfte führt.

Eine analoge Anwendung des Art. 261 I H.G.B. über die stille Gesellschaft ist unseres Erachtens aus dem Grunde unangebracht, weil bei der Gelegenheitsgesellschaft alle Genossen als Solidarschuldner haften,

1) Renaud-Laband S. 237.

2) B.G.B. § 672.

während bei der stillen Gesellschaft nur der Complementär mit seinem Vermögen haftet, der Commanditist dagegen nur in Höhe der gemachten Einlage einer Haftung unterliegt.

Eine weit grössere Berechtigung ist für unsern Fall der Anwendung des Art. 123 II H.G.B. über die offene Handelsgesellschaft zuzusprechen, in welchem positiv bestimmt ist, dass durch den Tod jedes Gesellschafters die Gesellschaft beendigt wird.

Selbstverständlich kann sowohl gleich bei Beginn der Gesellschaft wie auch zu einer andern Zeit vor dem Ableben eines Gesellschafters die Vereinbarung getroffen werden, dass die Erben des Verstorbenen an seine Stelle treten sollen. Entsprechend der Formfreiheit der Gelegenheitsgesellschaft genügt hier die tatsächliche Fortführung der Geschäfte durch die Erben.

Dem Tode gleich steht der Eintritt der Rechtsunfähigkeit eines Gesellschafters.

Einen Konkurs der Gelegenheitsgesellschaft gibt es nicht.

Die Gesellschaft hört ferner auf zu existieren, wenn über das Vermögen eines socius der Konkurs eröffnet wird [1]). Dem kann jedoch dadurch abgeholfen werden, dass dem Konkursverwalter das Recht eingeräumt wird, für den Cridar zu erfüllen und vom andern Teil Erfüllung zu verlangen [2]). Ein solcher Eintritt des Konkursverwalters ist jedoch

---

1) § 8. Inst. de soc. III., 26 L. 4; L. 65. § 1 Dig. pro soc· XVII, 2.

2) Conc. Ordng. § 15. — Vgl. Brinkmann, Handelsr. § 66 a. E. — Urteil des R.G. vom 15. II. 1884. — Entsch. in Zivilsachen Bd. XI. S. 51.

blos bei denjenigen Gelegenheitsgesellschaften angängig, die den Abschluss eines Geschäftes oder zwar mehrerer, aber im vornherein bestimmter Geschäfte im Auge haben. Bei Gelegenheitsgesellschaften, die den Charakter einer längerdauernden Geschäftsverbindung tragen, muss dagegen notwendig mit der Konkurseröffnung die Auflösung eintreten, da in diesem Moment das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners über sein Vermögen aufhört [1]).

Dass die Gesellschaft durch Vertrag jeder Zeit beendigt werden kann, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Der Zweck, um dessentwillen sie geschlossen wurde, ist belanglos; es genügt ein auf Beendigung der Gesellschaft abzielendes Uebereinkommen der Genossen.

Endlich kann eine Gelegenheitsgesellschaft dadurch ihr Ende finden, dass ein Teilnehmer aufkündigt. Doch ist eine einseitige Aufkündigung nur dann erlaubt, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist. In diesem Falle ist kein Gesellschafter an eine Kündigungsfrist gebunden, er kann zu jeder Stunde austreten, nur muss er sein Vorhaben den übrigen Genossen mitteilen. Verboten ist lediglich eine dolose oder unzeitige Kündigung. [2]) Verstösst ein Gesellschafter gegen dieses Verbot oder erklärt er als Teilnehmer an einer auf bestimmte Zeit eingegangenen Gelegenheitsgesellschaft vor der

1) Conc. Ord. § 5.

2) § 4 Inst. de societate 3, 25; L. 65 §§ 3—5 pro socio XVII. 2; L. 145 L. 17 § 2 eod. — Wolff in Busch's Archiv XVIII. S. 281. — Windscheid, Pand. § 408; — Brinz, Pand. (2. Aufl.) II S. 79.

Zeit seinen Austritt, so hat das für den betreffenden Gesellschafter die Folge, dass er aller seiner Rechte verlustig geht, während nach wie vor seine vertragsmässig übernommenen Pflichten, insonderheit die zur anteiligen Verlusttragung, bei Bestand bleiben [1]).

Eine Ausnahme besteht jedoch auch hier beim Vorhandensein wichtiger Gründe. Liegen solche vor, so ist jeder socius berechtigt, vor Ablauf der vertragsmässig bestimmten Zeit und ohne Einhaltung der Kündigungsfrist die Gesellschaft aufzukündigen. Wird die Triftigkeit der Gründe bestritten, so hat das Gericht darüber zu befinden. Die Beweislast trifft auch hier denjenigen, der die Auflösung verlangt.

Das H.G.B. hat in dem der Gelegenheitsgesellschaft gewidmeten Abschnitte darüber sich nicht näher ausgesprochen, daher finden die Vorschriften des gemeinen Rechts [2]) und die ausdrücklichen Bestimmungen der Art. 125, 170, 200 und 262 des H.G.B. hierauf analoge Anwendung.

Zum Schluss ist es auch noch Aufgabe des Geschäftsführers, die Liquidation zu besorgen. Die Liquidation hat stets durch die mit der Geschäftsführung betrauten Personen zu erfolgen, sodass also, wenn alle Gesellschafter gemeinsam die Geschäfte führten, auch die Liquidation von allen besorgt wer-

1) § 4 J. de societate und l. 65 § 3 und § 6 D. pro socio: Paulus libro XXXII ad Edictum: »Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium aeque praestabit portionem«. Vgl. ferner §§ 291—299 I 17 pr. Ldr.

2) L. 65, § 6. D. pro socio.

den muss. Im Falle der Teilung der Geschäftsführung je nach einzelnen Geschäften oder Orten liegt jedem Gesellschafter die Besorgung der von ihm abgeschlossenen Geschäfte ob [1]).

Da der, bezw. die geschäftsführenden Gesellschafter nicht als Liquidatoren im Sinne der Bestimmungen des Handelsgesetzes für die offene Handelsgesellschaft aufzufassen sind, so kann das richterliche Ernennungs- oder Abberufungsrecht des Art. 133 auf die Gelegenheitsgesellschaft keine Anwendung finden [2]). Denn da mangels einer Gesellschaftsfirma beim Abschluss eines Geschäftes für den Dritten das Gesellschaftsverhältnis belanglos ist, er es vielmehr nur mit dem abschliessenden Gesellschafter zu tun hat, so kann auch im Falle der Liquidation ein begonnenes Geschäft immer nur von dem socius zu Ende geführt werden, der mit dem Dritten kontrahiert hat, vorausgesetzt natürlich, dass dieser nicht mit einer wirklichen Vollmacht die Anderen zu correi credendi bzw. debendi gemacht hat.

Eine Aenderung in der Person des abschliessenden Gesellschafters ist, abgesehen von Cession und Indossierung von Forderungen nur mit Zustimmung des Dritten denkbar.

Die Verpflichtung zur Rechnungslegung, die mit der Uebertragung der Geschäftsführung Hand in Hand geht, findet nicht schon bei der Auflösung der Gelegenheitsgesellschaft ihr Ende, sondern erstreckt sich auch noch auf die Dauer der Liquidation, da ja

---

1) So z. B. bei einer a conto meta — Verbindung.

2) R.G. 19 S. 170; Vgl. auch Behrend § 94 Anm. 7. Auch durch Beschluss aller Gesellschafter kann dem Geschäftsführer die Abwicklung nicht entzogen werden. Art. 134.

meist auch noch nach Auflösung der Gesellschaft Geschäfte abzuwickeln sind. Waren mehrere socii mit der Geschäftsführung betraut, so hat jeder die Verpflichtung zur Rechnungslegung und zwar jedem einzelnen Gesellschafter gegenüber [1]) und es steht ihm gegenüber dem die Abrechnung Verlangenden nicht die Einrede zu, dass er selbst vorher oder gleichzeitig Rechnung zu stellen habe [2]).

Zu einer ordnungsmässigen Rechnung genügt es nicht, dass die Aktiven und Passiven zusammengestellt werden, »sondern es müssen auch die Tatsachen ersichtlich sein, aus denen sich das finanzielle Resultat der Geschäftsführung ergibt [3]).« Behufs leichterer Prüfung sind die diesbezüglichen Quittungen, Briefe etc. vorzulegen [4]).

Hat der Geschäftsführer in dieser Weise seinen Verpflichtungen genügt, so hat er gegen jeden Gesellschafter einen Anspruch auf Entlastung. Haben an der Liquidation mehrere socii mitgewirkt, »so ist der Anspruch, ebenso wie die Pflicht zur Rechnungslegung ein wechselseitiger [5]).«

## § 5. Anhang. Konsortien.

Einen Hauptfall der Gelegenheitsgesellschaft bilden die sogen. Konsortien, deren Zweck darin be-

1) Urt. d. R.O.H.G. Bd. V. S. 203.

2) Urt. d. H.A.G. zu Nürnberg in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht XXII. S. 289.

3) Bähr in Jehrings Jahrbüchern. XIII S. 286.

4) Hamb. Urt. in d. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. VII S. 469; Nürnberger Urt. Bd. XXII. S. 407; R.O.H.G. Bd. XIV. S. 88, XV. 179, 345.

5) Renaud-Laband S. 244.

steht, Aktien oder andere mit Börsenkurs versehene Papiere unter das Publikum zu bringen. An der Spitze eines derartigen Unternehmens stehen ein oder mehrere Konsortialleiter, denen die Geschäftsführung obliegt. Zur Veräusserung der Aktien ist meist nur der Konsortialleiter berechtigt, der die übrigen Konsortialen nach aussen hin vertritt. Ihm liegt es ob, die Konsortialen über jeden wichtigen Schritt aufzuklären [1]), unterlässt er dies und entsteht dadurch ein Verlust, so hat er diesen zu tragen [2]). Der Konsortialleiter ist verpflichtet, die Papiere möglichst vorteilhaft zu veräussern. Auf keinen Fall ist ein Verkauf unter dem Konsortialkurs gestattet [3]). Als solcher ist, wenn nichts anderes vereinbart ist, der Parikurs anzusehen.

Der erzielte Gewinn wird den einzelnen Konsortialen nach Massgabe ihrer Beteiligung berechnet. Ist es nicht gelungen, alle Papiere zu verkaufen, so sind die Teilnehmer gehalten, die übrig gebliebenen Aktien anteilsweise zu übernehmen [4]).

Am Schluss hat der Konsortialleiter den Beteiligten Rechnung zu legen, soweit ihm diese Pflicht nicht ausdrücklich erlassen ist [5]). Aber auch in diesem Falle muss er wenigstens das Resultat nachweisen [6]). Jedoch hört diese Vergünstigung sofort auf, wenn er sich Unredlichkeiten zu schulden kom-

1) R.O.H.G. 22 S. 182.

2) R.O.H.G. 22 S. 182; Bolze 6 No. 628.

3) Sydow a. a. O. 451.

4) R.O.H.G. Bd. 13 S. 308; Bd. 15 S. 252; Bolze 6 No. 628; Sydow S. 462, Dernburg II § 356 Anm. 5.

5) R.O.H.G. 17 S. 196; R.G. 1 S. 77.

6) R.O.H.G. 17 S. 391; 22 S. 385.

men lässt. Alsdann muss er volle Rechnung legen. Ein Kontrollrecht steht auch hier jedem Konsortialen zu; dieses richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen.

Da die Konsortien den Zweck verfolgen, möglichst viele Zeichnungen von Aktionären zu gewinnen und die Konsortialen meist Kaufleute sind, so finden die Art. 266—270 H.G.B. auf sie Anwendung.

Die Konsortialmitglieder brauchen die von ihnen gezeichneten Aktien nicht in Person weiter zu veräussern, sie können vielmehr ihrerseits eine weitere Sozietät mit einem Dritten eingehen, wonach dieser einen Teil der Aktien für seine (des Dritten) Rechnung übernimmt [1]). Durch einen solchen Vertrag entsteht eine neue Gelegenheitsgesellschaft [2]), ein sogen. Unterkonsortium, was nicht zu verwechseln ist mit der Abtretung eines Anteils am Gewinnanteil [3]).

Der Unterkonsortiale erwirbt aber keine Mitgliedschaftsrechte im Haupt-Konsortium, sodass er sich etwa an der Geschäftsführung beteiligen könnte, er tritt überhaupt nicht in ein Verhältnis zu dem Konsortium als solchem, sondern lediglich zu dem kontrahierenden Konsortialen [4]).

Der Konsortiale hat die Pflicht, seine eigenen Rechte, die ja jetzt auch Rechte des Unterkonsortialen sind, gegen den Konsortialleiter zu wahren, da sonst der Unterkonsortiale von seinen Verpflichtungen frei wird oder wenigstens Schadensersatzansprüche erwirbt [5]).

1) R.G. 26 S. 52.

2) Bolze 18 No. 179.

3) R.O.H.G. 10 S. 261.

4) Es gilt hier der Grundsatz: »socii mei socius socius non est.«

5) R.O.H.G. 17 S. 390; R.G. 1 S. 78.

Etwas besonderes sei noch bemerkt bezüglich des sogen. Gründerkonsortiums. Bei diesem schliessen sich mehrere Personen zusammen, um eine Aktiengesellschaft ins Leben zu rufen, indem sie sich verpflichten, die ausgegebenen Aktien zu übernehmen.

Eine solche Gesellschaft soll nach Schultze [1]) keine Gelegenheitsgesellschaft sein, weil der Zweck, der hier verfolgt werde, nur das Inslebenrufen einer Gesellschaft sei. Ich vermag diese Gründe nicht für zwingend zu halten. Es treffen auch hier alle Gesichtspunkte für die Gelegenheitsgesellschaft zu. Vereinigung mehrerer Kaufleute zur Erreichung eines bestimmten Zwecks und auch die Uebernahme ist Handelsgeschäft nach Art. 273, 274 H.G.B. Allerdings findet das Gründerkonsortium sein Ende mit der Gründung der Aktiengesellschaft, aber das ist bei allen Gelegenheitsgesellschaften so: sie hören auf wenn der Zweck erreicht ist.

1) Schultze S. 17.

Zweiter Teil.

# Die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft nach neuem Recht.

## § 6. Begriff. Geltendes Recht. Abschluss.

Allerdings findet sich in dem neuen H.G.B. vom 10. Mai 1897 ein Abschnitt, in dem ausdrücklich von der Gelegenheitsgesellschaft die Rede wäre, nicht mehr. Aber dieser Umstand berechtigt absolut nicht zu der Schlussfolgerung, dass dieses Institut der vorübergehenden Vereinigung zu einem oder mehreren Handelsgeschäften für gemeinsame Rechnung überhaupt nicht mehr existiere. Im Gegenteil: Solche Verbindungen bestehen heute genau so wie zur Zeit des alten H.G.B. Der Unterschied zwischen altem und neuem Recht besteht für die Gelegenheitsgesellschaft lediglich darin, dass sie im alten H.G.B. durch einige positive Bestimmungen besonders geregelt war, während sie jetzt, wo dieser Abschnitt des H.G.B. ganz in Wegfall gekommen ist, eben anderweitig geregelt wird.

Die Beantwortung der Frage, welche Bestimmungen jetzt auf die Gelegenheitsgesellschaft Anwendung zu finden haben, soll uns im Nachstehenden beschäftigen.

Falls die beiden Kontrahenten Kaufleute sind oder doch wenigstens einer von ihnen die Kaufmannseigenschaft besitzt, ist nach Art. 343, 344, 345 H.G.B. in Zweifel die Anwendbarkeit des Handelsrechts gegeben, allerdings nur des allgemeinen Teils des Obligationenrechts.

Soweit dieser keine Bestimmungen enthält, finden die Vorschriften des B.G.B., und zwar insbesondere diejenigen über die »Gesellschaft« Anwendung.

Ergänzungsweise können aber auch die für die offene Handelsgesellschaft massgebenden Bestimmungen herangezogen werden, weil diese beiden Gesellschaftsformen die meisten gemeinsamen Punkte aufweisen.

Es hat sich damit für die Gelegenheitsgesellschaft die wichtige Aenderung vollzogen, dass sie jetzt in Deutschland überall gleichmässig geregelt ist. Denn während im alten Recht infolge der lückenhaften Regelung dieser Materie im H.G.B. die verschiedenen Partikularrechte ergänzend eintraten, die, wie wir oben z. B. für das gemeine Recht und das preussische Landrecht gesehen haben, bisweilen diametral auseinandergingen, ist jetzt die Hauptquelle für die Gelegenheitsgesellschaft, das bürgerliche Recht, auf eine einheitliche Basis gestellt.

Der Begriff der Gelegenheitsgesellschaft ist auch im neuen Recht derselbe geblieben. Wir verstehen unter Gelegenheitsgesellschaft die Vereinigung von zwei oder mehreren Personen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. Aber schon hierbei zeigen sich wesentliche Abweichungen vom alten Recht.

Nach H.G.B. I genügte es, dass die Gesellschafter Handelsgeschäfte abschliessen wollten. Da es im alten Recht bekanntlich objektive Handelsgeschäfte gab, so brauchten also die Gesellschafter nicht Kaufleute zu sein. Anders war es, wenn die Geschäfte nicht objektive, sondern subjektive Handelsgeschäfte waren, oder sogar nur Handelsgeschäfte nach Art. 273, 274 — dann mussten die Gesellschafter Kaufleute sein, oder wenigstens derjenige unter ihnen, der die Geschäfte abschloss. Denn nur dann war das Geschäft ein Handelsgeschäft und nur dann hatten sich mehrere Personen zum Abschluss des Handelsgeschäftes vereinigt.

Die objektiven Handelsgeschäfte des H.G.B. I, d. h. solche Geschäfte, die unter allen Umständen Handelsgeschäfte waren, ohne Rücksicht darauf, ob sie von einem Kaufmann oder ob sie vereinzelt oder gewerbsmässig abgeschlossen wurden, sind in das neue H.G.B. nicht aufgenommen worden.

Vielmehr kennt das neue H.G.B. nur subjektive Handelsgeschäfte, d. h. solche Geschäfte, die nur dann Handelsgeschäfte sind, wenn sie gewerbsmässig abgeschlossen werden oder zwar vereinzelt, dann aber von einem Kaufmann. Die Anwendbarkeit des H.G.B setzt also immer das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft voraus. Eine handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft kann also in Zukunft nur dann vorliegen, wenn alle Gesellschafter Kaufleute sind oder doch wenigstens derjenige, in dessen Namen abgeschlossen wird. Denn andernfalls ist es nicht möglich, dass ein Handelsgeschäft abgeschlossen wird und eine Vereinigung zu Handelsgeschäften muss es ja sein. Hiebei ist noch zu bemerken, dass das ab-

geschlossene Geschäft ja auch dadurch ein Handelsgeschäft werden könnte, dass der Dritte, mit dem die Gelegenheitsgesellschaft abschliesst, Kaufmann ist; dann würde nach § 345 das 3. Buch des H.G.B. auch für die Gesellschafter in Betracht kommen. Aber das genügt nicht, um den Begriff der handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft zu begründen; denn dieses setzt voraus, dass das Geschäft auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist.

Damit ist der Kreis der möglichen handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaften im Verhältnis zu früher enger geworden. Denn wenn alle Gesellschafter Nichtkaufleute sind, so findet auf die Gelegenheitsgesellschaft ausschliesslich das B.G.B. Anwendung und wir haben es mit einer handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft nicht zu tun, selbst wenn einmal in Folge des § 345 für ein einzelnes Geschäft das 3. Buch des H.G.B. zur Anwendung käme.

Andererseits ist aber doch wieder gegen früher die Möglichkeit der Bildung handelsrechtlicher Gelegenheitsgesellschaften eine grössere geworden, da der Kreis der Kaufleute sich erweitert hat. Denn nach altem Recht war nur derjenige Kaufmann, der gewerbsmässig Grundhandelsgeschäfte betrieb. Diese Definition war eine exklusive H.G.B. II hat aber den Kreis der Kaufleute ausgedehnt auf Gewerbetreibende, die 2 Voraussetzungen erfüllen, nämlich: 1) dass ihr Unternehmen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtet ist und 2) dass sie ihre Firma in das Handelsregister eintragen lassen.

Es können also heutzutage alle nur denkbaren Geschäfte den sie Betreibenden zum Kaufmann stempeln.

Ob die Kaufleute Voll- oder Minderkaufleute sind, ist im allgemeinen gleichgiltig (§ 345); allerdings finden einige §§ des 3. Buches nur auf Vollkaufleute Anwendung.

Wir müssen also in Zukunft unterscheiden:

1. Gelegenheitsgesellschaften, bei denen alle Gesellschafter Laien sind. Auf diese finden nur die Bestimmungen des B.G.B. Anwendung.

2. Gelegenheitsgesellschaften, bei denen alle Gesellschafter Kaufleute sind. Hier gilt der allgemeine Teil des 3. Buches des H.G.B. und zwar in vollem Umfang, also auch dort, wo das Gesetz für alle Beteiligten Kaufmannseigenschaft vorschreibt.

3. Gelegenheitsgesellschaften, bei denen nur der abschliessende Gesellschafter Kaufmann ist. Auf sie findet ebenfalls kraft H.G.B. § 345 das H.G.B. Anwendung, aber nur insoweit, als nicht auf allen Seiten Kaufmannsqualität verlangt wird, wie dies z. B. bei §§ 352, 353 H.G.B. der Fall ist.

Von der Gelegenheitsgesellschaft des B.G.B. unterscheidet sich die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft durch das Hereinspielen des Handelsrechts, wenn dies auch nur noch in wenigen Punkten der Fall ist. Die markantesten Bestimmungen, die früher das Handelsrecht im Gegensatz zum gemeinen bzw. Partikularrecht enthielt, wie z. B. die absolute Formlosigkeit, die Solidarhaft, sind jetzt Gemeingut des bürgerlichen Rechts geworden. Es kann sich also praktisch nur um die wenigen §§ 346, 347, 348, 352, 353, 361, 369 handeln und um diejenigen, die mit der Kaufmannsqualität zusammenhängen.

Die Gelegenheitsgesellschaft stellt nach wie vor keine Handelsgesellschaft dar, denn es fehlt ihr an

dem Haupterfordernis, es fehlt das Gewerbsmässige des Betriebs, ohne dass eine Handelsgesellschaft im Sinne des Gesetzes nicht gedacht werden kann. Aber abgesehen von diesem rein äusserlichen Unterschied zeigt sich die Kluft, die zwischen den Handelsgesellschaften und den blos handelsrechtlichen Gesellschaften, wie sie die Gelegenheitsgesellschaft ist, in dem Fehlen eines Gesellschaftsvermögens, das gesondert von dem Vermögen der Teilnehmer für sich allein besteht. Denn wenn auch die Handelsgesellschaften mit Ausnahme der Aktiengesellschaft, Commanditgesellschaft auf Aktien und Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht keine juristische Person bilden, so besteht doch bei allen ein von dem Privatvermögen der einzelnen socii getrenntes Gesellschaftsvermögen. Nun kann ja zwar nicht behauptet werden, dass es bei der Gelegenheitsgesellschaft kein Gesellschaftsvermögen gebe. In der Regel wird das sogar der Fall sein, aber es bildet keine rechtlich für sich existierende, von dem Privatvermögen der Gesellschafter losgelöste Masse.

Aber auch bezüglich dieses Gesellschaftsvermögens ist im neuen Recht eine Veränderung gegenüber dem alten eingetreten, denn während früher, in den Ländern des gemeinen Rechts, subsidiär hinter dem H.G.B. I. auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis die Grundsätze der römischen Sozietät Anwendung zu finden hatten, wonach jedem Gesellschafter die freie Verfügung über seinen Anteil zustand, hat das neue Recht die Anschauung, dass das Vermögen der Gelegenheitsgesellschaft eine Gesamthand bilde, d. h. dass eine Verfügung über dasselbe

nur dann möglich sei, wenn alle socii ihre Zustimmung erklären.

Auf die Konstruktion dieses »Gesamtvermögens« soll hier nicht näher eingegangen werden, da eine ausführliche Prüfung der Streitfragen des B.G.B. nicht im Rahmen unseres Themas liegt.

Das Gesellschaftsvermögen wird in erster Linie aus den Beiträgen der Gesellschafter gebildet und zwar aus allen, nicht nur aus den Kapitalseinlagen, sondern auch aus den in Sacheinlagen bzw. Einwerfung persönlicher Dienste bestehenden Beiträgen. Dass die bereits geleisteten Beiträge Gesellschaftsvermögen sind, ist klar. Strittig ist aber, ob dies auch bei den erst versprochenen Beiträgen der Fall ist [1]).

Diese Frage wird namentlich dann brennend, wenn auf Grund des Gesellschaftsvertrages blos mit dem Gesellschaftsvermögen gehaftet wird. Denn dann fragt es sich: Kann der Gesellschaftsgläubiger nur aus dem bereits vorhandenen Vermögen sich befriedigen, oder hat er auch Anspruch auf die bisher blos versprochenen, also noch geschuldeten Beiträge? Hier kommt es darauf an, ob man den Anspruch auf die Beiträge den einzelnen Gesellschaftern zuschreibt, oder den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit. Nimmt man die erstere Möglichkeit an, so muss man die Beiträge als zu dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter gehörig betrachten und den Anspruch des

1) Die Frage wird verneint von Goldmann-Lilienthal S. 731 und 757, Knoke S. 33 und 77; Staudinger § 718 No. III. 1 a und zu § 706, IV/V. Dafür sind Dernburg § 359 I, 1, Schollmeyer S. 143, Windscheid-Kipp § 406; vgl. auch R.G. Bd. 54 No. 78 S. 300; Örtmann S. 780.

Gläubigers verneinen. Durch die Tatsache, dass die Gesellschafter die Beitragsleistung nicht an sich persönlich, sondern nur an die Gesellschaftskasse verlangen können, wird diese Meinung nicht entkräftet.

Nimmt man aber die zweite Formulierung an, so stehen die Ansprüche auf Leistung der Beiträge den sonstigen Forderungen der Gesellschaft als solchen gleich und man wird dann den Anspruch des Gläubigers zugestehen müssen.

Meines Erachtens dürfte die zweite Ansicht den Vorzug verdienen: es scheint mir dem Wesen der Gesamthand mehr zu entsprechen, die kollektiv geeinten Gesellschafter, also die Gesellschaft, als die Rechtssubjekte für die Ansprüche auf die Beiträge anzusehen.

Ausser den Beiträgen fliessen in das Gesellschaftsvermögen auch die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände, wozu auch Rechte zu zählen sind. Dass diese Gegenstände ausdrücklich im Namen der Gesellschaft erworben sein müssen, wird man nicht annehmen dürfen [1]).

Endlich gehört zu dem Gesellschaftsvermögen auch das, was auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstandes erworben wird [2]). Man wird also sowohl Zinsen und Früchte als auch Schadensersatzansprüche und die Ansprüche auf Rückgabe entzogener Sachen als zum Gesellschaftsvermögen gehörig anzusehen haben [3])

1) Vgl. Beyer S. 329—30. Anderer Ansicht Planck und Staub.
2) § 718 II.
3) Örtmann S. 781.

Da die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft keine selbständige rechtliche, von den einzelnen Gesellschaftern verschiedene Existenz hat, so fehlt ihr auch die aktive und passive Parteifähigkeit, welch' letztere der nichtrechtsfähige Verein besitzt [1]). Da sie also auch kein handelsrechtliches selbständiges Rechtssubjekt darstellt, fehlt ihr die Firma, und es findet keine Eintragung in das Handelsregister statt. Damit entfallen für die handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaften alle Konsequenzen, die das H.G.B. an diese Institute geknüpft hat.

Wie nach römischem, so bedarf die Gelegenheitsgesellschaft auch nach bürgerlichem Recht zu ihrer Entstehung keiner bestimmten Form, insbesondere nicht der Schriftlichkeit. Es genügt vielmehr mündliche Vereinbarung, evt. konkludente Handlungen. Hievon besteht jedoch eine Ausnahme in dem Fall, wo ein Gesellschafter ein Grundstück einlegt. Hier bedarf es nach § 313 B.G.B. gerichtlicher oder notarieller Form.

Eine Aenderung gegenüber dem früheren Recht ist, wie bereits oben erwähnt, nur insofern eingetreten, als von den Gesellschaftern, wenigstens von dem Geschäftsführenden, Kaufmannseigenschaft verlangt wird.

Damit eine Gelegenheitsgesellschaft zustandekomme, ist erforderlich, dass die Gesellschafter sich verpflichten, die Geschäfte für gemeinschaftliche Rechnung zu besorgen, und zwar müssen diese Geschäfte Handelsgeschäfte im Sinn des neuen H.G.B. sein. Vor allen Dingen müssen diese Geschäfte aber

2) Örtmann S. 758.

einzelne sein, d. h. sie dürfen nur gelegentlich, vorübergehend geschlossen werden; es muss mit einem Wort die Gewerbemässigkeit fehlen.

## § 7. Verhältnisse nach Innen.

Durch die Beteiligung an einer Gelegenheitsgesellschaft übernehmen alle Genossen die Pflicht, durch Beiträge an der Erreichung des gemeinschaftlichen Zieles mitzuwirken. Ueber die Art und Höhe der Beiträge ist im B.G.B. nichts gesagt. Sie richten sich also in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag. Nur wenn in diesem keine diesbezüglichen Vereinbarungen getroffen sind, greift § 706 B.G.B. Platz, der in Abs. I bestimmt, dass mangels einer andern Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten seien. Die Beiträge müssen nicht notwendig in Geld bestehen, es ist auch möglich, dass der eine oder andere socius lediglich seine Dienste einwirft, ja es ist sogar nicht ausgeschlossen, dass die Beiträge aller Genossen nur in Dienstleistungen bestehen [1]).

Als Beitrag wird man auch die Gebrauchsüberlassung jedes andern Vermögenswertes an die Gesellschaft aufzufassen haben [2]), z. B. die Ueberlassung einer Bestellung. Nach Umständen wird man sogar die blosse Tatsache des Beitritts als Beitrag ansehen müssen, wenn der Beitretende durch die Haftung, die er dadurch übernimmt, zur Erhöhung des Kredits der Gesellschaft beiträgt [3]).

1) Schollmeyer S. 71. Schon nach röm. R. konnten die Beiträge in Leistungen bestehen: quia saepe opera pro mercede valet § 2, J. III, 25, s. auch l. 5 § 1 h. t. § 706 B.G.B. Abs. 3.

2) Seuffert's Archiv Bd. XXXIV No. 205.

3) Staub S. 347.

Ob die Beiträge in das Eigentum der socii übergehen oder blos zum gemeinschaftlichen Gebrauche dienen sollen, ist aus dem jeweiligen Vertrag heraus zu interpretieren. Das B.G.B. gibt hiefür nur bei vertretbaren und verbrauchbaren Sachen eine Vermutung in § 706: sie sollen im Zweifel gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden. Das gleiche gilt auch von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnverteilung bestimmt ist [1]).

Bezüglich derjenigen Sachen, die in das Eigentum der Gesellschafter übergehen sollen, hat der beitragende socius die Pflicht, dieses Eigentum zu begründen, was bei beweglichen Sachen durch Uebergabe, bei Immobilien durch die Auflassung bewerkstelligt wird. Ueberhaupt finden in diesem Fall gemäss §§ 445 und 493 die Vorschriften des B.G.B. über den Kauf entsprechende Anwendung auf die Gesellschaft.

Wie bei der Uebertragung zu Eigentum die Vorschriften über den Kauf, so sind bei der Uebertragung zum Gebrauch diejenigen über die Miete analog anzuwenden [2]).

Die Frage, wo und wann die Beiträge zu zahlen sind, beantwortet sich in erster Linie aus dem Vertrag, mangels einer besonderen Verabredung finden die §§ 269 ff. B.G.B. Anwendung.

Zu einer Erhöhung des Beitrags über den festgesetzten Beitrag hinaus sind die Gesellschafter nicht

---

1) Ebenso Art. 91 H.G.B. I.

2) Örtmann S. 245; a. A. Motive II S. 600, Planck II S. 458; Kipp II S. 783.

verpflichtet [1]). Ebensowenig besteht eine Veranlassung zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage [2]). Ist eine Erreichung des Ziels mit diesen verminderten oder den anfänglichen Beiträgen nicht möglich, so muss die Auflösung der Gesellschaft erfolgen. Jedoch kann diese rein dispositive Vorschrift jederzeit durch Vertrag abgeändert, resp. aufgehoben werden [3]).

In § 707 ist lediglich von dem Nichtbestehen einer Verpflichtung zu Nachschüssen die Rede. Jedoch wird man einem Gesellschafter nicht das Recht absprechen dürfen, die Einlagen zu ergänzen, oder sogar zu erhöhen, soweit dadurch der Gesellschaft kein Schaden erwächst, oder, wie man es auch formulieren kann, die anderen Gesellschafter dadurch nicht benachteiligt werden [4]).

Ueber die Verteilung von Gewinn und Verlust sind meist im Vertrag Bestimmungen getroffen. Nicht immer brauchen die Anteile am Verlust denen am Gewinn zu entsprechen. So kann z. B. vertragsmässig recht wohl die Beteiligung eines Gesellschafters nur am Gewinn festgelegt sein, sodass ein etwaiger Verlust ihn gar nicht betrifft. Ein Vertrag dahingegen, wonach ein Gesellschafter nur zur Verlusttragung verpflichtet sein solle, während er vom Gewinn völlig ausgeschlossen ist, eine sogen. societas leonina [5]), ist ungiltig. Enthält der Vertrag über die

1) so auch Art. 92 H.G.B. I. Code Art. 1845 ff.

2) B.G.B. § 707. Vgl. dagegen 735.

3) Vgl. Motive S. 597.

4) Motive 597, Matthiass S. 624, Staudinger § 707 No. III. Vgl. auch Örtmann; a. A. Cosack § 277, I. 6, Knoke S. 31. Vgl. auch Art. 92 H.G.B. I.

5) l. 29 § 2 D. h. t.

Anteile am Gewinn und Verlust keine ausdrückliche Bestimmung, so ist nach § 722 B.G.B. Gewinn und Verlust nach Köpfen [1]) zu verteilen, ohne Rücksicht auf die Höhe der einzelnen Beiträge.

Meistenteils wird aber wohl vereinbart werden, dass die Verteilung sich nach der Höhe der Beiträge zu richten habe, vorausgesetzt natürlich, dass, abgesehen von den Beiträgen, die Gesellschafter sich gleichmässig an dem Unternehmen beteiligen. Es kann aber auch nach Analogie des § 121 H.G.B. die Vereinbarung getroffen werden, dass aus dem Gewinn zuerst eine Verzinsung der Einlagen erfolgen soll und erst dann der noch übrig bleibende Rest unter die Mitglieder kopfweise verteilt wird.

Im Falle eines Verlustes kann natürlich von einer Verzinsung keine Rede sein.

Natürlich können die Gesellschafter eine Vereinbarung nur bezüglich des Gewinnes oder nur hinsichtlich des Verlustes treffen, je nachdem sie der Meinung sind, dass nur das eine oder das andere Ereignis eintreten werde. Werden die Gesellschafter nun in ihrer Erwartung getäuscht, indem das Gegenteil eintritt, so ist nach § 722 II eine solche einseitige Vereinbarung dahin auszulegen, dass das für den einen Fall Vereinbarte im Zweifel auch dann Geltung haben solle, wenn das Gegenteil eintritt.

Vom Gewinn kann, wie bereits bemerkt, kein Gesellschafter gänzlich ausgeschlossen werden, wohl aber kann bestimmt sein, dass einen oder dem andern Gesellschafter kein Anteil am Verlust trifft. Ein solches Abkommen läuft dem Charakter des gemein-

1) Vgl. l. 29 pr. D. h.t.: »Sinon partes fuerint societati adjectae, aequas eas esse constat.«

samen Unternehmens keineswegs zuwider. Denn wenn der Gesellschafter auch von einem eventuellen Verlust nicht betroffen würde, so hat er doch das grösste Interesse daran, dass das Geschäft floriert, da sich ja sein Gewinn nach der Höhe des Gesamtgewinnes bemisst.

Ebensowenig wird die rechtliche Natur der Gelegenheitsgesellschaft dadurch beeinträchtigt, dass einem Gesellschafter ein Gewinn-Minimum zugesichert wird, vorausgesetzt natürlich, dass ihm dadurch nicht die Möglichkeit einer Beteiligung an dem erzielten Mehrgewinn genommen ist.

Die Feststellung, ob die Gelegenheitsgesellschaft durch das abgeschlossene Geschäft Gewinn oder Verlust erzielte, wird, wenn die Gesellschaft sich auf ein einzelnes Geschäft beschränkte, sofort nach dessen Abschluss geschehen können. Anders ist dies jedoch bei solchen Gelegenheitsgesellschaften, deren Zweck sich erst durch Abwicklung mehrerer, in sich zusammenhängender Geschäfte verwirklichen lässt. Hier wird man nicht verlangen können, dass nach Abschluss jedes einzelnen Geschäfts Rechnung gelegt wird, andererseits soll aber der Gesellschafter nicht allzulange auf die Auszahlung des Gewinnes warten müssen; deshalb schreibt § 721 I ausdrücklich vor, dass bei Gesellschaften von längerer Dauer der Rechnungsabschluss und die Gewinnverteilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahres zu erfolgen habe.

Im Gegensatze zu § 122 H.G.B. kann ein Gesellschafter die Auszahlung seines Gewinnanteils auch dann verlangen, wenn dies auch der Gesellschaft zum offenbaren Schaden gereicht, d. h. wenn es im

Interesse der Gesellschaft gelegen wäre, dass die Auszahlung nicht erfolgt.

Ergibt sich beim Rechnungsabschluss ein Defizit, so kann dieses während des Bestehens der Gesellschaft nicht auf die Teilnehmer verteilt werden, da das eine Erhöhung der Beiträge bedeuten würde, sondern der Verlust wird als »Soll« in das kommende Rechnungsjahr eingestellt und vermindert dann den erzielten Gewinn um diese Summe oder kommt zu einem neuerlichen Verlust hinzu [1]).

Im Gegensatze zu code de commerce Art. 1859 und den Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft [2]), wonach jeder Gesellschafter für sich zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist, bestimmt das B.G.B. im § 709, I, dass die Geschäftsführung den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehen solle, d. h. dass ein Geschäft der Gesellschaft gegenüber erst rechtswirksam ist, wenn alle Gesellschafter ihre Zustimmung erklären. Dies gilt sogar bei periculum in mora.

Eine von einem Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten ohne Zustimmung der übrigen vorgenommene Handlung erzeugt für die Gesellschaft, d. h. für die Gesamtheit der Gesellschafter keinerlei Wirkung; sie wird erst wirksam durch eine nachträgliche Genehmigung, die dem negotiorum gestor erteilt wird.

Wird eine Handlung trotz Widerspruchs eines Gesellschafters vorgenommen, so gilt diese nicht als für die Gesellschaft vorgenommen.

1) Knoke S. 54.
2) § 115 H.G.B. II.

Ist jedoch der Gesellschaft dadurch ein Vorteil erwachsen, so haftet dieselbe nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung.

Eine Verweigerung der schon zugesagten Zustimmung ist unzulässig. Das gleiche gilt für den Fall, dass durch die Verweigerung dem Vereinszweck ein Schaden erwachsen würde [1]). Hier kann die Zustimmung von jedem Gesellschafter klageweise verlangt werden. Das wird jedoch dann nicht zutreffen, wenn es sich lediglich um Zweckmässigkeitsfragen handelt [2]). Die Vollstreckung erfolgt nach 894 C.P.O.

Ist durch die unbegründete Verweigerung der Zustimmung ein Schaden entstanden, so trifft ihn die Pflicht zum Schadensersatz.

Eine Ausnahme von der Bestimmung, dass zur Vornahme jeden Rechtsgeschäftes die Zustimmung aller erforderlich sei, bildet der Fall, wo es sich um Massregeln handelt, die zur Erhaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendig sind. Hier wird die Giltigkeit der Handlung weder durch den Mangel der Zustimmung noch durch ausdrücklichen Widerspruch berührt [3]).

Dass es auf die Zustimmung eines Gesellschafters in den Fällen nicht ankommt, wo die Gesellschaft mit ihm kontrahiert oder in einem Rechtsstreit mit ihm steht, ergibt sich aus der einfachen Erwägung, dass andernfalls der Gesellschafter mangels einer solchen Bestimmung von seinem Stimmrecht Gebrauch machen und durch seinen Widerspruch die Vor-

---

1) Planck II S. 460; Örtmann S. 447, vergl. Treitschke § 18.

2) Örtmann S. 771.

3) Dies folgt aus § 744 B.G.B.

nahme eines Rechtsgeschäftes mit ihm vereiteln könnte.

Die Dispositivvorschrift des § 709 B.G.B. kann durch Vertrag oder eine nachträgliche Aenderung in demselben in verschiedener Weise umgestaltet werden.

Schon der II. Abschnitt des § 709 sagt, dass Stimmenmehrheit entscheiden kann. Hier ist die unterliegende Minderzahl an den Beschluss der Mehrheit gebunden, vorausgesetzt, dass die Beschlüsse sich innerhalb der Grenzen des Gesellschaftsvertrags bewegen.

Die Regel ist, dass Stimmenmehrheit zur Beschlussfassung erforderlich und ausreichend ist. Was unter Mehrheit zu verstehen ist, sagt 709 II, der für die Mehrheit die Kopfzahl, nicht die Grösse der Einlagen als massgebend vorschreibt.

Nach § 710 kann in dem Gesellschaftsvertrag festgelegt sein, dass die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder mehreren übertragen sein kann. Dann sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Für das Verhältnis zwischen den mehreren Gerenten finden dann die Vorschriften des § 709 entsprechende Anwendung: die Regel ist auch hier, dass zur Vornahme einer Handlung Einstimmigkeit erforderlich ist. Es kann aber auch Stimmenmehrheit genügen. Ist jeder der Geschäftsführer nicht allein für sich zu handeln berechtigt, so muss er sich jedesmal die Genehmigung der übrigen Gerenten erholen. Die Handlung hat zu unterbleiben, sobald einer Widerspruch dagegen erhebt. Ein Widerspruch seitens der von der Geschäftsführung Ausgeschlossenen ist belanglos.

Schliesslich kann aber auch noch durch Vertrag bestimmt sein, dass jedem Gesellschafter die Befugnis eingeräumt ist, für sich allein zu handeln, ohne vorher sich mit den übrigen ins Benehmen setzen zu müssen. Doch haben auch hier die übrigen Mitglieder das Recht, der Vornahme einer Handlung zu widersprechen, ja in gewissen Fällen ist ihnen das sogar zur Pflicht gemacht. Die Erhebung des Widerspruchs hat zur Folge, dass das Geschäft unterbleibt. Das Widerspruchsrecht ist unverzichtbar, es dient dazu, zu verhindern, dass das Gesellschaftsinteresse dadurch verletzt werde, dass jeder nach eigenem Gutdünken schalten und walten könnte. Wenn einem Einzelnen eine solche Geschäftsführung, ohne die anderen befragen zu müssen, übertragen ist, dann sind die übrigen von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen [1]).

Mit ihrem Ausschluss hören sie auf, aktiv zu sein, d. h. sie haben weder Recht noch Pflicht, an der Führung der Geschäfte sich zu beteiligen. Nicht ist aber damit gesagt, dass sie gar kein Interesse mehr an den Gesellschaftsangelegenheiten hätten, denn sie haben nach wie vor die Pflicht, den Geschäftsführer von allem zu unterrichten, was dem Gesellschaftszweck nachteilig sein könnte.

Das einzige Recht, was den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern verbleibt, ist das Kontrollrecht [2]). Sie haben das Recht, jeden Moment — also wie bei der offenen Handelsgesellschaft, und anders, als wie bei der stillen Gesell-

1) § 710 B.G.B.

2) H.G.B. I Art. 105; H.G.B. II § 118, B.G.B. § 716.

schaft — sich persönlich [1]) von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere derselben einzusehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen.

Dieses Recht ist ein höchst persönliches und kann als solches weder cediert noch durch einen gewillkürten Stellvertreter ausgeübt werden, wohl dagegen durch den gesetzlichen Vertreter. Denn diesem liegt es ob, die Interessen seines Schützlings zu wahren, weil dieser selbst nicht hiezu imstande ist.

Hat ein Gesellschafter nicht die nötige fachmännische Kenntnis, um sich in den Geschäftsbüchern orientieren zu können, so kann er von seiner Befugnis eigentlich gar keinen Gebrauch machen. Um ihn nun gegenüber den in solchen Dingen erfahrenen Mitgesellschaftern nicht zu benachteiligen, ist er berechtigt, zu diesem Zweck einen Sachverständigen [2]) beizuziehen; die Wahl desselben steht dem Gesellschafter zu, nur muss er nach Treu und Glauben verfahren, er darf z. B. nicht einen Konkurrenten der Gesellschaft damit betrauen. Die Frage, ob auch der Ehemann auf Grund des ihm gesetzlich zustehenden Verwaltungsrechts an dem Eingebrachten der Frau zur Kontrolle berechtigt sei, ist bestritten [3]). Man wird aber wohl dem Ehemann dieses Recht zu-

---

1) R.O.H.G. 23 No. 41 S. 120 ff.

2) R.O.H.G. 7 No. 18 S. 71 ff. Vgl. Knoke S. 60, Goldmann-Lilienthal S. 754 Anm. 18—19.

3) Dafür Örtmann S. 778; Goldmann-Lilienthal S. 754 Anm. 18. vgl. auch Dernburg, § 358, VI.

Dagegen: Staub, zu § 118 Anm. 3; Busch Archiv 2 S. 173.

billigen müssen, weil es als Ausfluss des Verwaltungsrechts anzusehen ist.

Auf das Kontrollrecht kann einerseits verzichtet werden, andererseits kann es beschränkt, evt. ganz entzogen werden.

Ist jedoch ein berechtigter Grund zur Annahme vorhanden, dass der oder die Geschäftsführer sich Unredlichkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten zu schulden kommen lassen, so kann das Kontrollrecht trotz Beschränkung oder Ausschluss geltend gemacht werden.

In dieser Hinsicht ist durch die Bestimmungen des B.G.B. den Gesellschaftern eine grössere Befugnis geschaffen worden, insofern das B.G.B. schon den begründeten Verdacht der Unredlichkeit als genügend ansieht im Gegensatz zum H.G.B., das den Nachweis der Unredlichkeit verlangt[1]).

Das B.G.B. hat aber keineswegs alle Möglichkeiten der Geschäftsführung erschöpfend geregelt. Zum Beispiel ist an den Fall nicht gedacht, dass zu jeder Handlung mindestens 2 Gesellschafter ihr Einverständnis geben müssen. Es wäre aber auch eine Verteilung der Geschäftsführung unter die einzelnen in der Art denkbar, dass jeder für sich einen Teil der Geschäfte besorgt, und sich hiebei jede Einmischung seitens der übrigen verbitten kann.

Eine Bestimmung, wonach keiner zur Geschäftsführung berechtigt wäre, ist undenkbar. Allerdings können sich die Gesellschafter der Geschäftsführung dadurch überheben, dass sie damit einen gemeinsam bestellten Dritten beauftragen. Hierin kann man aber

---

1) So auch noch Entwurf I § 643; H.G.B. II § 118.

höchstens ein Entsagen auf die Geschäftsführung erblicken, keineswegs aber einen Hinderungsgrund, doch ihre Rechte gemeinschaftlich geltend zu machen. Eine solche Notwendigkeit selbst tätig zu werden, wird z. B. dann gegeben sein, wenn der Dritte die Gesellschaft aufkündigt.

Die Berechtigung zur Geschäftsführung ergibt sich entweder aus § 709 B.G.B., oder sie ist ausdrücklich im Gesellschaftsvertrage festgelegt und kann daher auch nicht einseitig entzogen werden. Der Gerent braucht sich eine Entziehung nicht gefallen zu lassen, er kann sein Recht klagsweise geltend machen. Dies gilt auch im Fall des § 710[1]).

Durch die Berufung zur Geschäftsführung treten die betreffenden Gesellschafter nicht in ein Auftragsverhältnis zu den von der Geschäftsführung Ausgeschlossenen, sondern sie nehmen eine bevorzugte Stellung ein, der sie im allgemeinen nur mit ihrem Einverständnis enthoben werden können[2]). Eine Abweichung hievon gestattet das B.G.B. in dem Falle, dass in der Person des Gerenten ein wichtiger Grund vorliegt (712). Aber nicht nur in dem Normalfall des § 712[3]), wo einer oder mehrere mit Ausschluss der übrigen als Geschäftsführer berufen ist, kann der schlechte Gerent seines Amtes entsetzt werden, sondern auch dann, wenn jeder für sich zur Geschäftsführung berechtigt ist.

Denn da die Berufung zur Geschäftsführung ein

---

1) R.O.H.G. Bd. XVII S. 111.

2) Ob die Berufung gleich von Anfang an oder erst nachträglich erfolgt ist, ist gleichgiltig.

3) Siehe Motive Bd. II S. 606.

Vertrauensvotum der übrigen Gesellschafter bedeutet, erscheint es nur als billig, dass ihnen, wenn sie sich in ihrem Vertrauen getäuscht sehen, auch wieder das Recht zusteht, das von ihnen übertragene Recht rückgängig zu machen, ohne zur Auflösung der Gesellschaft gezwungen zu sein.

Steht jedoch die Befugnis zur Geschäftsführung allen gemeinsam zu, so bleibt im Falle der Unredlichkeit oder Unfähigkeit eines Genossen nur die Auflösung der Gesellschaft übrig. Die Gesellschafter hätten eben bei der Auswahl ihrer Genossen vorsichtiger sein sollen.

Die Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung erfolgt abweichend von § 117 H.G.B. nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss der Gesellschafter. Widerspricht der fragliche Geschäftsführer dieser Anordnung und kommt es deshalb zum Prozess, so ist dem ergehenden Urteil lediglich deklaratorische Wirkung beizulegen, d. h. die Entziehung gilt als schon durch den Beschluss erfolgt, bezw. nicht erfolgt.

Mit dem Augenblick, wo dem betr. Gesellschafter der diesbezügliche Beschluss zugeht, ist die Absetzung rechtswirksam.

Für die weiteren Konsequenzen des die Absetzung aussprechenden Gesellschaftabeschlusses ist in erster Linie der Vertrag und mangels einer darin enthaltenen Bestimmung § 709 I massgebend[1]). Der Gesellschafter bleibt also trotz seiner Absetzung nach wie berechtigt, gemeinschaftlich mit den übrigen sich an der Geschäftsführung zu beteiligen. Um ihn davon aus-

---

1) Planck II S. 462, Cosack II S. 376, Örtmann S. 450.

zuschliessen, gibt es nur das eine Mittel, die Gesellschaft aufzulösen und dann eine neue ohne ihn anzufangen.

Es kann ihm wohl die Ehrenstelle wieder entzogen werden, wenn er sich derselben unwürdig erweist, aber die Rechte, die er haben würde, wenn über die Art der Geschäftsführung nichts vereinbart wäre, können ihm nicht geraubt werden.

Die Gesellschafter dürfen auf das ihnen zustehende Recht zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nicht verzichten, da ein solcher Verzicht im Widerspruch zu § 712 stehen würde.

Eine Verpflichtung zur Geschäftsführung trifft nicht nur den Gesellschafter, dem durch Vertrag unter Ausschluss der übrigen dieses Ehrenamt eingeräumt ist, sondern im Falle des § 709 jeden, weil sie alle an der Erreichung eines gemeinsamen Zieles interessiert sind.

Wie nun einerseits dem Gesellschafter sein Recht auf Geschäftsführung nicht ohne Grund genommen werden darf, so ist er andererseits auch gehalten, den ihm obliegenden Verpflichtungen nachzukommen. Nur dann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, d. h., wenn Verhältnisse eingetreten sind, unter denen der Gesellschafter die Geschäfte nicht mehr fortführen kann oder muss, darf er kündigen. Diese Vergünstigung steht nach § 712 jedoch nur dem zu, der allein unter Ausschluss der übrigen mit der Geschäftsführung betraut ist. Von der Verpflichtung, die diese Sonderstellung mit sich bringt, kann er Befreiung verlangen, von der allgemeinen Pflicht eines jeden Gesellschafters, an der Geschäftsführung teilzunehmen, wird er aber dadurch

nicht entbunden. Von dieser kann ihn nur Aufkündigung der Gesellschaft befreien[1]).

Ob der Grund, aus dem die Kündigung geschieht, ein wichtiger sei, ist nach Lage der Verhältnisse zu beurteilen. Es wird hiebei z. B. sowohl Krankheit als auch Streit zwischen den einzelnen Gesellschaftern als stichhaltiger Grund anzusehen sein.

Die Kündigung muss allen Gesellschaftern, nicht nur den Gerenten angezeigt werden, weil in der Kündigung eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages liegt.

Mit der erfolgten Kündigung hört der betr. Gesellschafter auf, zur Geschäftsführung verpflichtet und berechtigt zu sein. Subsidiär gelten auch hiebei die Vorschriften des § 709.

Unter Umständen zieht die Kündigung eines Gesellschafters für die übrigen das Recht nach sich, dann überhaupt die Gesellschaft zu kündigen.

Wenn ein wichtiger Grund vorhanden ist, kann jeder Gesellschafter jeden Augenblick kündigen, auch wenn die Kündigung den Interessen der Gesellschaft nachteilig ist, ohne für den daraus entstehenden Schaden haften zu müssen. Sonst, d. h. in allen andern Fällen darf die Kündigung nur zu bestimmten Zeiten erfolgen; eine intempestive Kündigung verpflichtet zum Schadensersatze, wenn er wissen musste, dass sein Antrag zur Unzeit angebracht war.

Das Kündigungsrecht ist unverzichtbar.

### § 9. Verhältnisse nach aussen.

Unter Vertretung versteht man im Gegensatz zu der sich lediglich im Innenverhältnis äussernden Ge-

1) Staub S. 372.

schäftsführung die durch Handlungen eines Geschäftsführers nach aussen, d. h. Dritten gegenüber sich ergebende Berechtigung oder Verpflichtung aller Gesellschafter.

Auch für die Vertretung sind jetzt die Vorschriften des B.G.B. massgebend. Nach gemeinem Recht waren die einzelnen Gesellschafter nicht mit Vertretungsmacht für die andern ausgerüstet. Schlossen sie ein Geschäft ab, so waren dem Dritten gegenüber lediglich sie berechtigt und verpflichtet. Damit auch die andern an dem Geschäft teilnehmen konnten, bedurfte es besonderer Abreden unter ihnen. Eine direkte Stellvertretung war zwar dem gemeinen Recht nicht unbekannt, aber da die Beantwortung der Frage, ob der Gesellschafter durch seine Handlungen für die übrigen socii rechtsverbindlich Handlungen vornehmen könne, sich nach allgemeinen Grundsätzen richtete, so war es notwendig, dass dem Gesellschafter von den übrigen eine spezielle Vollmacht eingeräumt worden war[1]).

Ganz anders steht es bei der offenen Handelsgesellschaft. H.G.B. § 125 sagt ausdrücklich, dass jeder Gesellschafter zur Vertretung ermächtigt ist, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich davon ausgeschlossen ist und dass eine Beschränkung dieser Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam ist. Bei der offenen Handelsgesellschaft gibt es blos 2 Möglichkeiten: Entweder ist der Gesellschafter zur Vertretung berechtigt und zwar dann in vollem Umfange (§ 126 H.G.B.) oder er ist davon

1) Dernburg Pand. II. § 127, Windscheid § 407 Nr. 6; Oertmann S. 776.

ausgeschlossen. Im letzteren Falle ist im Interesse Dritter der Ausschluss im Handelsregister einzutragen und wird nur dadurch gegen Dritte, die den Ausschluss nicht kannten, wirksam.

Das B.G.B. hat zwischen gemeinem Recht und Handelsrecht die Mitte gehalten. Es geht zwar nicht ganz so weit wie das H.G.B. in den Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft, aber es geht doch weiter wie das gemeine Recht, indem es wenigstens »im Zweifel« eine Vertretungsmacht der Gesellschafter annimmt. Selbstverständlich bleibt es einem Geschäftsführer unbenommen, Handlungen, zu denen er an sich bevollmächtigt ist, im eigenen Namen vorzunehmen. Das hat dann natürlich zur Folge, dass aus dem betreffenden Geschäfte er allein berechtigt und verpflichtet wird; für das Verhältnis zu den Gesellschaftern kommen dann die Vorschriften des § 713 B.G.B. in Betracht.

Wie gesagt, begründet § 714 B.G.B. nur eine Rechtsvermutung dafür, dass der Geschäftsführer mit Vertretungsmacht ausgestattet sei. Diese praesumptio juris kann jedoch entkräftet werden und zwar nicht bloss durch entgegenstehende Vereinbarungen, die der Contrahent kannte, sondern auch durch Tatsachen, die dem Dritten unbekannt waren. Es besteht eben nur eine Vermutung dafür, dass ein Geschäftsführer auch ein Bevollmächtigter, ein Vertreter sei — eine Vermutung, die auch in den meisten Fällen mit den Tatsachen übereinstimmen dürfte.

Was den Umfang der Vertretungsmacht des B.G.B. anlangt, so ist dieser wesentlich kleiner als bei der offenen Handelsgesellschaft. Denn bei dieser erstreckt sich die Vertretungsmacht der Gesellschafter

auf alle gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschliesslich der Veräusserung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura, und zwar ist sie unbeschränkt und Dritten gegenüber gar nicht einschränkbar, selbst wenn der Dritte die Beschränkung (durch den Gesellschaftsvertrag) kennen sollte[1]).

Wesentlich anders ist die Vertretungsmacht des B.G.B. geregelt. Denn § 714 sagt lediglich, dass der Gesellschafter zur Vertretung der übrigen ermächtigt sei, soweit ihm nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, d. h. also, der Gerent kann die Genossen nur insoweit vertreten, als er innerhalb der Grenzen der ihm übertragenen Geschäftsführungsbefugnis handelt. Die Vertretungsmacht reicht also hienach nicht weiter als zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, die der Zweck der Gesellschaft erfordert; erstreckt sich dieser nur auf einen bestimmten kleinen Kreis von Geschäften, so kann der Geschäftsführer nur innerhalb dieses engen Kreises die übrigen Gesellschafter verpflichten. Ueberschreitet er diese Grenzen, so verpflichtet er nicht die Gesellschafter, sondern sich allein.

Aber dieses Recht zur Vertretung darf nicht schlechthin angenommen werden. Wenn das Gesetz hinzufügt; »im Zweifel«, so soll das heissen, dass Geschäftsführung und Vertretung nicht notwendig Hand in Hand gehen müssen. Es kann also ein Gerent in der Vertretungsmacht auch beschränkt sein, ja sie kann ihm sogar ganz entzogen werden.

Wie einerseits die Vertretungsmacht ganz ent-

---

1) Ausnahme bei dolus.

zogen oder doch gekürzt werden kann, ist es andererseits natürlich auch denkbar, dass ein an sich garnicht geschäftsführender Teilnehmer durch eine ihm nach den allgemeinen Grundsätzen erteilte Vollmacht zur Vertretung der Gesellschafter befugt ist. Ebenso kann ein Gerent durch besondere Vollmacht zu einer über das gewöhnliche Mass hinausgehenden Vertretung ermächtigt werden.

Die Entziehung der im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter als solchem erteilten Vertretungsmacht kann nur nach Massgabe des § 712 I stattfinden, während eine gewöhnliche Vollmacht jeder Zeit nach allgemeinen Grundsätzen widerrufen werden kann.

Es wäre nicht undenkbar, dass dem Gesellschafter nur die Vertretungsmacht oder nur die Befugnis zur Geschäftsführung entzogen würde. Aber da § 714 B.G.B. dem Gerenten im Zweifel auch Vertretungsmacht zugesteht, so wird man annehmen müssen, dass die Entziehung der einen auch den Verlust der anderen zur unmittelbaren Folge hat und man wird die Teilung durch § 715 B.G.B. für unstatthaft erklären müssen[1]). Allerdings nur dann, wenn beide »in Verbindung miteinander« erteilt worden sind.

Wird also bloss die eine oder die andere entzogen, so hat das keinerlei Wirkung, es müsste denn sein, dass aus der Entziehung der einen der Wille hervorgeht, auch die andere nehmen zu wollen.

Die Frage, ob dem Gesellschafter in wichtigen Fällen ein Kündigungsrecht bezüglich der Vertretungsmacht zusteht, hat das Gesetz nicht beantwortet. Man wird aber aus § 712 II, wo dem Gesellschafter dieses

1) Örtmann S. 777.

Recht ausdrücklich bezüglich der Geschäftsführung zugesprochen wird, in Verbindung mit § 714, der im Zweifel das Vorhandensein beider Befugnisse annimmt, folgern müssen, dass der Gerent aus wichtigen Gründen die Vertretungsmacht kündigen dürfe und dass in der Kündigung zugleich eine Kündigung nach § 112 B.G.B. zu erblicken sei.

Ob unter »Vertretung« im Sinne des § 714 B.G.B. auch die Prozessführung gehört, ist eine bestrittene Frage[1]). Einige bejahen diese Frage, während andere sich dagegen aussprechen. Da der § 714 nicht bloss von Rechtsgeschäften, sondern ganz allgemein von Vertretung spricht, so dürfte diese Frage zu bejahen sein, umsomehr, als eine Prozessführung häufig genug die unmittelbare Konsequenz einer Vertretung und Geschäftsführung sein wird. Allerdings werden die Klagen von allen Gesellschaftern anzustrengen sein, ebenso wie sie auch alle zusammen zu verklagen sein werden.

Für die speziell übertragenen Vollmachten gelten im übrigen die gewöhnlichen Grundsätze.

Da die nicht geschäftsführenden Mitglieder keine gesetzliche Vertretungsbefugnis haben, so muss, wenn aus ihren Handlungen eine Verpflichtung der Gesellschaft hergeleitet werden will, in jedem Falle das Vorliegen einer Vollmacht bewiesen werden. Es genügt also hier die präsumptive Vorschrift des § 714

---

1) Dafür: Gaupp-Stein zu C.P.O. § 736 Nr. 1; Seuffert das. Nr. 1 a. E., Goldmann-Lilienthal S. 763. Anm. 10. Dagegen: Cosack § 276, IV. 1; Dernburg § 358 Anm. 12. Hellwig, Anspruch S. 199, Staudinger § 714 IV, Knoke S. 76; vgl. auch Staub Anm. 12; O.L.G. Kiel vom 12. V. 1902 Rspr. II. S. 208.

B.G.B. nicht, denn es ist möglich, dass diese Vermutung durch entgegenstehende Abmachung entkräftet wird. Will der Dritte ganz sicher gehen, so kann er Vorlage des Gesellschaftsvertrags verlangen. Lässt der Wortlaut desselben die Vermutung des § 714 B.G.B. zu, so greift die analoge Vorschrift des § 172 B.G.B. Platz. Der Dritte darf dann den Gerenten als Bevollmächtigten ansehen und die Gesellschafter können dieser Annahme entgegenstehende aus dem Vertrag nicht ersichtliche Umstände nur dann geltend machen, wenn der Dritte dieselben kannte oder schuldhafterweise nicht kannte.

Die Vertretungsmacht der übrigen Gesellschafter ist ebenso wie die Befugnis zur Geschäftsführung eine aus dem Vertrauen der Mitgesellschafter resultierende Sonderstellung, die entweder im Vertrage selbst oder in einem Nachtrage zu demselben festgelegt ist. Was von der Geschäftsführung gesagt ist, gilt auch bezüglich der Vertretungsmacht. Namentlich kann sie nicht willkürlich entzogen werden. Eine einseitige Entziehung ist nur aus einem wichtigen Grunde statthaft. Sie erfolgt dann ebenso wie die bei der Geschäftsführung. Ist Vertretungsmacht und das Recht zur Geschäftsführung in der Person eines Gesellschafters vereinigt, so hat die Entziehung der ersteren auch die der zweiten zur Folge (§ 715 B.G.B.).

Eine dahin gehende Bestimmung, dass sich der Vertretungsberechtigte der Vertretungsmacht entziehen könnte, enthält § 715 nicht[1]). Anders ist es bei der Geschäftsführung (§ 712 B.G.B).

Eine solche Bestimmung ist auch überflüssig, da

---

1) Örtmann S. 777.

sich aus der Vertretungsmacht für den betreffenden Gesellschafter keinerlei Pflichten ergeben. Er hätte höchstens Ursache, die Geschäftsführung zu kündigen, da mit dieser auch Pflichten verbunden sind. In diesem Falle hört natürlich auch die Vertretungsmacht auf, wenn diese durch die Geschäftsführungsbefugnis bedingt ist.

Während bei der offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft im Prozess berechtigt ist, ist es für die Gelegenheitsgesellschaft nach bürgerlichem Recht erforderlich, dass einzelne als Prozessbevollmächtigte aufgestellt werden, wenn dies nicht schon im Vertrage vereinbart ist oder die Befugnis zur Geschäftsführung überhaupt schon die Prozessvollmacht enthält.

Da die mit Prozessvollmacht ausgestatteten Gesellschafter lediglich Prozessbevollmächtigte im Sinne der C.P.O. sind, so müssen die zu- oder zurückgeschobenen sowie die richterlich auferlegten Eide von allen Gesellschaftern geleistet werden[1]), während die Zu- oder Zurückschiebung der Eide durch die Prozessbevollmächtigten erfolgt.

Zustellungen können nicht an die Bevollmächtigten giltig vorgenommen werden, da diese weder General- noch gesetzliche Vollmacht haben; sie müssen an alle Gesellschafter bewirkt werden.

Handelt der Gesellschafter in Vertretung, so verpflichteter dadurch direkt auch alle anderen Gesellschafter, d. h. also die Gesellschaft. Das hat zur Folge, dass dadurch die sämtlichen Gesellschafter unbeschränkt

1) Für die off. Hg. vgl. von Hahn I S. 499 und die daselbst Anm. 2 Citierten; Staub 396.

verhaftet werden. Eine vertragsmässige Beschränkung ihrer Haftung ist den Dritten gegenüber wirkungslos. Die Frage, ob die Gesellschafter durch die Vertretung Gesamtschuldner werden oder nur mit ihren Anteilen haften, ist dahin zu entscheiden, dass sie, nach § 427 B.G.B. in der Regel als Gesamtschuldner haften, ein Grundsatz, den schon das alte H.G.B. abweichend vom gemeinen Recht aufgestellt hatte.

Soll die Haftung der Gesellschafter beschränkt werden, so ist in erster Linie erforderlich, dass die Gesellschafter im Vertrag vereinbaren, dass sie nur mit einem gewissen Teile ihres Vermögens haften. Damit diese interne Verabredung auch nach aussen wirksam wird, muss die Vertretungsmacht des Gerenten in der Vollmachtsurkunde ausdrücklich auf diesen Teil beschränkt werden[1]).

Ob neben der Haftung der einzelnen auch das Gesellschaftsvermögen haftet, und in welchem Verhältnis beide Haftungen zu einander stehen, hängt davon ab, wie man das Gesellschaftsvermögen konstruiert. Wir schliessen uns der Meinung an, welche Gesellschaftsschulden und eine rechtliche Sonderexistenz eines Gesellschaftsvermögens annimmt, neben welchem die einzelnen Gesellschafter primär solidarisch für die Gesellschaftsschulden aufzukommen haben. So erklärt sich auch der § 725 B.G.B., auf welche unten noch näher einzugehen ist.

### § 10. Auflösung.

Ihr Ende findet die Gesellschaft, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung un-

1) Örtmann. S. 776, Staudinger Nr. II, 2, Knoke S. 80 a. A. Cosack § 276, III 4, Staub Anm. 14.

möglich geworden ist[1]), ausserdem mit Ablauf der im Vertrage vereinbarten Zeit[2]) oder mit Eintritt der Resolutivbedingung[3]) sowie durch gegenseitige Uebereinkunft[4]). Wenn die Voraussetzungen des § 723 B.G.B. gegeben sind, so ist jeder Gesellschafter zur Kündigung der Gesellschaft berechtigt. Aber auch dem ausserhalb der Gesellschaft stehenden Gläubiger eines Gesellschafters steht das Recht zu, auf Grund eines nicht bloss vorläufig vollstreckbaren Titels die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen[5]).

Schliesslich wird die Gesellschaft auch durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst[6]), sowie durch Eröffnung des Koncurses über das Vermögen eines Genossen[7])[8]).

In einem Punkte weicht das B.G.B. von Art. 123 H.G.B. und auch H.G.B. II ab: Eine Auflösung infolge eingetretener rechtlicher Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung (mit Ausnahme des Koncurses) ist ihm fremd. Denn das ist namentlich dann, wenn der betreffende Genosse von der Geschäftsführung ausgeschlossen war, für die Gesellschafter ohne jeden Belang. Durch

---

1) § 726 B.G.B.

2) H.G.B. § 131 I.

3) Motive II S. 617.

4) H.G.B. § 131 II.

5) § 725 B.G.B.

6) § 727 B.G.B

7) § 728 B.G.B.; das preuss. Recht kannte in diesem Fall nur Rücktrittsrecht.

8) Nicht dagegen gibt es einen Konkurs der G.G. vgl. Jäger zur K.O. § 25 Anm. 8; Gierke S. 37; Hellwig, Anspruch S. 200 Anm. 7; Knoke S. 22; Örtmann S. 783.

das einem jeden zustehende Kündigungsrecht ist eine Gefährdung der Interessen der Gesellschafter leicht hintan zu halten[1]).

Nach Art. 125 H.G.B. I bedurfte es behufs Auflösung der Gesellschaft der Kündigung, wenn der Zweck erreicht oder unerreichbar geworden war. Das B.G.B. hat in diesen Punkten eine Vereinfachung getroffen, indem es in diesen beiden Fällen die Auflösung ipso jure eintreten lässt[2]), und zwar erachtet das B.G.B. die Unmöglichkeit nicht bloss dann als gegeben, wenn sie objektiv vorhanden ist, sondern auch dann, wenn die Erreichung des Zwecks nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand möglich wäre.

Wie schon das bisherige Recht, so sieht auch das B.G.B. die Kündigung seitens eines Gesellschafters als Auflösungsgrund an, doch sind die Bedingungen für die Kündigung verschieden:

Abweichend vom Art. 124 H.G.B. und § 132 H.G.B. II, welche beide bei einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer eine Kündigungsfrist von mindestens 6 Monaten vor Ablauf des Geschäftsjahres vorschreiben, lässt das B.G.B. eine Kündigung jeder Zeit zu und bestimmt, dass die Gesellschaft mit dem Momente der Kündigung erlösche. Als auf unbestimmte Dauer eingegangen wird auch eine solche Gesellschaft angesehen, die auf Lebenszeit geschlossen ist[3]). Das gleiche gilt von einer Gesellschaft, die nach Ablauf der festgesetzten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird[4]). Allerdings kann auch eine Ver-

1) Motive II S. 624.

2) Motive II S. 622.

3) § 724 B.G.B.

4) § 724 B.G.B. vgl. auch H.G.B. Art. 123 Abs. I Nr. 5 und § 134 H.G.B.

längerung auf eine bestimmte Zeit, z. B. auf die ursprünglich vereinbarte Dauer, gewollt sein[1]). Voraussetzung ist aber stets die Geschäftsfähigkeit der Teilnehmer.

Ist bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft eine Kündigungsfrist vereinbart, so muss diese gewahrt werden, es sei denn, dass dieselbe wegen der übertriebenen Länge gegen die guten Sitten verstösst[2]) oder dass die eher erfolgende Kündigung aus einem wichtigen Grunde gerechtfertigt erscheint.

Bei einer Gesellschaft, die behufs Erreichung eines bestimmten Zwecks eingegangen ist und die naturgemäss erst mit der Realisierung dieses Zwecks endigt, ist eine Kündigung vor Ablauf der hiefür notwendigen Zeit nur angängig bei Vorliegen eines wichtigen Grundes oder wenn sich die Erreichung solange hinauszögert, dass darin eine unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit zu erblicken ist [3]).

H.G.B. II hat in Art. 125 einige besonders wichtige Kündigungsgründe aufgezählt.

Eine solche Aufzählung fehlt im B.G.B. und ebenso in H.G.B. II und zwar aus dem Grund, weil sich alle Eventualitäten, die zur Kündigung berechtigen, nicht im vornherein bestimmen lassen. Das H.G.B. bietet aber trotzdem einen guten Anhaltspunkt. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, hat von Fall zu Fall der Richter zu entscheiden.

1) Örtmann S. 789.
2) Örtmann S. 789.
3) Prot. z. H.G.B. 234; von Hahn I S. 542; Staub S. 429.

Die Gründe können mannigfaltiger Art sein. Sie können in den Verhältnissen der Gesellschaft als solcher, sie können aber auch in der Person des Gesellschafters liegen, sie können verschuldet oder unverschuldet sein[1])

Nur zwei Fälle, in denen die Kündigung als begründet angesehen wird, führten § 723 B.G.B. und H.G.B. II § 133 ausdrücklich auf, nämlich einmal, wenn ein Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit[2]) verletzt, und zum zweiten dann, wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird.

Derjenige Gesellschafter, durch dessen vertragswidriges Verhalten die Kündigung verursacht wurde, ist den übrigen nach Analogie des § 628 II B.G.B. zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der den übrigen durch die Beendigung der Gesellschaft entsteht[3]).

Darüber, ob die Kündigung allen Gesellschaftern oder nur einem von ihnen zugehen muss, schweigt das Gesetz. Jedoch wird man wohl entgegen der Meinung, dass eine Kündigung an die Geschäftsführer genüge[4]), annehmen müssen, dass die Kündigung an alle Gesellschafter zu bewerkstelligen sei[5]) man wird

1) Knoke S. 105, a. E.

2) Ueber den Unterschied von »Pflichtverletzung aus grober Fahrlässigkeit« und »grober Pflichtverletzung« s. Örtmann S. 787.

3) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. XXXII Nr. 264; R.O.H.G. Bd. XVI. S. 366.

4) Staudinger § 723 I b.

5) Diese Ansicht wird vertreten von Goldmann-Lilienthal S. 771, Knoke S. 107, Matthias S. 630, Anm. 3, Schollmeyer S. 155 und Örtmann S. 787.

die Kündigung erst dann als erfolgt anzusehen haben, wenn sie allen Gesellschaftern zugegangen ist. Das ist von Bedeutung, wenn sie zu verschiedenen Zeiten geschieht.

Während es nach § 133 HGB. eines konstitutiven Urteils bedarf, um im Falle der zulässigen Kündigung die Beendigung der Gesellschaft herbeizuführen, tritt nach bürgerlichem Recht diese Wirkung ipso jure ein, sodass das einen hierüber entstandenen Rechtsstreit in bejahendem Sinne entscheidende Urteil nur deklaratorisch wirkt. Voraussetzung ist natürlich das Vorhandensein eines stichhaltigen Grundes.

Wenn die Kündigung an sich zwar vollauf berechtigt ist, aber zu einem Zeitpunkt erfolgt, wo die Gesellschafter das grösste Interesse daran haben, dass die Gesellschaft nicht aufgelöst werde, so ist die Kündigung zwar von demselben Erfolge begleitet, als wenn sie zur rechten Zeit erklärt worden wäre, aber sie macht den betr. Gesellschafter schadensersatzpflichtig [1]). Er hat jedoch nicht omnis diligentia zu vertreten, sondern haftet blos für diligentia quam suis [2]).

Ein wichtiger Grund befreit den Kündigenden von der Pflicht zum Schadensersatz. Ein solcher liegt dann vor, wenn die Verhältnisse derartige sind, dass dem Kündigenden nicht zugemutet werden kann, noch länger in der Gesellschaft zu verbleiben, ohne Rück-

---

1) B.G.B. § 249; es gilt hier lediglich der Satz: socium a se, non se a socio liberat. Vgl. auch Örtmann S. 788.

2) § 708 B.G.B.

sicht darauf, ob durch seine Kündigung den übrigen Gesellschaftern Schaden erwächst.

Ist eine Kündigungsfrist ausgemacht und wird zu dieser gekündigt, so kann von einer unzeitigen Kündigung niemals die Rede sein, denn es ist die Kündigungsfrist wohl zu dem Zweck vereinbart, um die Interessen der Gesellschafter zu wahren [1]).

Berechtigt, den durch unzeitige Kündigung hervorgerufenen Schadensersatz zu fordern ist nicht die Gesellschaft als solche, sondern stets die einzelnen Gesellschafter, in deren Privatvermögen der Schadensersatz fliesst.

Den Gesellschaftern steht an ihrem Anteil keinerlei Verfügnngsrecht zu. Das kann für die Gläubiger von schwerwiegenden Folgen sein. Angenommen, ein Gesellschafter ist mit seinem ganzen Vermögen an dem Unternehmen beteiligt, so könnte der Gläubiger absolut keine Befriedigung von ihm erlangen, da im Verhältnis zum Dritten der Gesellschafter ohne jedes Vermögen ist. Um diese für den Gläubiger höchst misslichen Consequenzen zu beheben, gibt ihm § 725 B.G.B. unter gewissen Voraussetzungen das Kündigungsrecht [2]).

Die Vorschrift des Art. 126 H.G.B. I, wonach eine fruchtlos vollstreckte Exekution in das Privatvermögen des Schuldners erforderlich war, und ebenso die Bestimmung des § 135 H.G.B. II, der eine vergebliche Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners innerhalb der letzten sechs Monate

---

1) Behrend I S. 541; vgl. auch Knoke S. 108.

2) Vgl. Art. 126 H.G.B. I.

vorschreibt [1]), haben in das bürgerliche Recht keinen Eingang gefunden.

Die Kündigung seitens des Gläubigers eines Gesellschafters geschieht ebenso wie die eines Gesellschafters durch empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber sämtlichen Gesellschaftsmitgliedern. Wird sie zu verschiedenen Zeiten abgegeben, so wird sie erst wirksam, wenn sie allen zugegangen ist.

Auf keinen Fall braucht der Gläubiger eine Kündigungsfrist einzuhalten, denn § 725 B.G.B. gibt ihm ein absolutes Recht auf Kündigung [2]). Etwaige im Gesellschaftsvertrage aufgenommene Beschränkungen sind ihm gegenüber wirkungslos [3]). Er braucht also bei Ausübung seines Rechts auf die Interessen der Gesellschafter keine Rücksicht zu nehmen, sodass ihn auch im Falle einer unzeitigen Kündigung keine Schadensersatzpflicht trifft.

Dadurch, dass das H.G.B. II in § 132 [4]) für die offene Handelsgesellschaft eine Kündigungsfrist vorschreibt, können die Gesellschafter die Wirkung der Kündigung dadurch beseitigen, dass sie den Gläubiger vor Ablauf dieser Frist befriedigen.

Das B.G.B. hat ihnen diese Möglichkeit benommen, indem es sagt, dass mit dem Moment der Kündigung die Gesellschaft erlischt. Eine Abwendung der bevorstehenden Kündigung wäre nur nach Analogie des § 268 B.G.B. durch eine Befriedigung des Gläubigers ihrerseits denkbar [5]).

1) Vgl. Prot. II. S. 439.
2) S. Staudinger § 725 No. 3b.
3) S. Örtmann S. 790.
4) Vgl. Art. 123. H.G.B. I.
5) S. Staudinger, § 725 No. 3, $\alpha$, $\beta$.

Da also die Gesellschaft mit dem Moment der Kündigung aufhört zu existieren, so können auch die Wirkungen der Kündigung nicht mehr rückgängig gemacht werden. Ebenso steht es mit der Kündigung eines Gesellschafters. Wenn durch diese Kündigung sofort die Gesellschaft aufgelöst wird, so kann eine spätere Rücknahme der Kündigung an dieser Tatsache nichts mehr ändern. Es ist also dann nur ein neuer Abschluss des Gesellschaftsvertrages möglich. Hiebei sind die zwei Fälle auseinander zu halten, ob sich die alte Gesellschaft noch im Liquidationsstadium befindet oder ob die Auseinandersetzung schon beendet ist. Im ersteren Fall lebt die alte Gesellschaft wieder auf, im andern dagegen entsteht eine vollkommen neue Gesellschaft.

Die meisten Auflösungsgründe sind stricti juris, so die Kündigung nach § 723 Abs. III B.G.B., die Vorschriften der §§ 724 und 725 B.G.B., insbesondere § 728 B.G.B. Dagegen wird durch den Tod eines Gesellschafters nicht notwendig die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt. Denn es kann im Vertrag festgelegt sein, dass für den Fall des Ablebens eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben weiterbestehen soll.

Die Regel ist also, dass durch den Fortfall eines Mitglieds die Gesellschaft aufhört. Hievon bestehen, genau so, wie für die offene Handelsgesellschaft nach H.G.B. II § 131 No. 4, 138, 139, 140, 141 Ausnahmen kraft B.G.B. §§ 727, 736, 737, 738.

1) Fortsetzung mit den Erben, wenn im Gesellschaftsvertrage dies vorgesehen war. Die Besonderheiten des § 139 H.G.B. treffen für die Gelegenheitsgesellschaft nicht zu.

2) Das sogen. »Ausscheiden« B.G.B. § 736. H.G.B. § 138.

3) Das »Ausschliessen« H.G.B. § 140, B.G.B § 737.

Wie nach gemeinem Recht so bestehen auch nach B.G.B. nach der Auflösung der Gesellschaft zwischen den Gesellschaftern die Beziehungen noch weiter, bis die Auseinandersetzung des Vermögens vollendet ist.

Da mit der Auflösung das Recht zur Geschäftsführung und die Vertretungsmacht erlöschen — denn beide sind nur gegeben zur Förderung der Interessen der existenten Gesellschaft —, so steht die Geschäftsführung und die Vertretung von dem Momente der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu[1]).

Damit aber nicht die mit der Geschäftsführung Betrauten durch die in § 730 B.G.B. niedergelegte Vorschrift, wonach das Recht zur Geschäftsführung sofort mit der Auflösung erlischt, ev. Schaden erleiden, so lässt § 729 B.G.B. die durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung gleichwohl zu ihren Gunsten solange fortbestehen, bis sie von der Auflösung Kenntnis erlangt haben, resp. erlangt haben müssen. Auch hier haftet der Geschäftsführer nur für diligentia quam suis.

Diese Vergünstigung tritt nach § 729 B.G.B. jedoch nicht ein, wenn die Gesellschaft durch Kündigung endet, da in diesem Fall ja die Auflösung erst mit dem Zeitpunkte eintritt, wo alle Gesellschafter, also auch der Geschäftsführer, von der erfolgten Kün-

1) § 730 B.G.B.

digung Kenntnis erlangt hat. Ist ihm die Erklärung zugegangen und hat er trotzdem keine Kenntnis davon erlangt, liegt aber auch seinerseits keine Fahrlässigkeit vor, so treten doch trotz Unkenntnis die Wirkungen der zugegangenen Willenserklärung ein.

Die Geschäftsführungsbefugnis gilt als fortbestehend nur insofern, als der Gerent hieraus berechtigt wird. Er kann nach wie vor die Genehmigung der von ihm abgeschlossenen Geschäfte durch die übrigen Gesellschafter verlangen, er kann Vergütung seiner Aufwendungsn und Befreiung von seinen Verbindlichkeiten fordern und, soweit eine Vergütung für die Geschäftsführung ausgemacht ist, auch diese beanspruchen. Dagegen erwachsen ihm aus dem Fortbestand des Rechts zur Geschäftsführung keinerlei Verpflichtungen, sodass er also z. B. durch ein Unterlassen der Geschäftsführung sich nicht haftbar macht. Eine solche Haftpflicht tritt nur dann ein, wenn er in Ausübung seines Rechts zur Geschäftsführung nachlässig verfährt [1]).

Dasselbe gilt auch für die auf Grund der Befugnis zur Geschäftsführung erteilte Vollmacht [2]), doch gilt die Vollmacht Dritten gegenüber nicht mehr als fortbestehend, wenn sie bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen der Gesellschaft kannten oder kennen mussten [3]).

Wird die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, so hat der Erbe des Verstorbenen den Übrigen den Tod unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr ver-

1) Vgl. Knoke S. 113.
2) § 168 B.G.B.
3) B.G.B. § 169.

bunden ist, die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweitig Fürsorge treffen können [1]).

Aber nicht nur dann, wenn der Verstorbene Geschäftsführer war, liegt den Erben diese Verpflichtung ob, sondern auch im Falle eines blossen Auftrags [2]). Dabei haften sie geradeso wie der Verstorbene für diligentia quam suis [3]). In gleicher Weise sind die übrigen Gesellschafter zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet [4]) und zwar solange bis eine anderweitige Regelung getroffen wird.

Diese Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst wird. Sie müssen hier gleichfalls die Geschäfte weiterführen, bis sie in Gemeinschaft mit dem Konkursverwalter anderweitig Fürsorge treffen können [5]). Die Ansprüche, die sie auf Grund der fortgeführten Geschäfte haben, sind Masseschulden, da es sich um eine den Konkursgläubigern gegenüber bestehende Pflichterfüllung handelt, während die Ansprüche aus der Weiterführung der Geschäfte im Falle des § 729 B.G.B. Konkursforderungen [6]) dar-

---

1) B.G.B. § 727.

2) § 673 B.G.B.

3) Nach gem. Recht wurde ihre Haftung auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Vgl. auch Örtmann S. 791.

4) B.G.B. § 727.

5) B.G.B. § 728, H.G.B. I Art. 123 III. Nach preuss. Recht gewährte der Konkurs den übrigen nur ein Rücktrittsrecht.

6) § 28 K.O.; Knoke S. 114.

stellen. Dagegen ist der Gemeinschuldner oder der Konkursverwalter nicht verpflichtet, die dem Cridar übertragenen Geschäfte einstweilen fortzuführen [1]).

Diese Verpflichtungen zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte werden dadurch motiviert, dass die Gesellschaft insoweit als fortbestehend angesehen wird [2]).

### § 11. Die Auseinandersetzung.

Nach römischem und gemeinem Recht erübrigte sich eine Vorschrift bezüglich des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung der Gesellschaft, da ein Vermögen der Gesellschaft als solcher nicht vorhanden war.

Dies ist nach dem bürgerlichen Recht anders geworden. Jetzt gibt es ein von den einzelnen Privatvermögen der Gesellschafter getrenntes Vermögen der Gesellschaft und deshalb bedurfte es auch einer besonderen Vorschrift, wie es mit diesem Vermögen gehalten werden soll, wenn die Gesellschaft ihr Ende erreicht hat.

Diese Vorschriften finden sich in den §§ 730—735 B.G.B., die ein besonderes Liquidationsverfahren vorschreiben: die schwebenden Geschäfte sollen beendigt, nach Abzug der Schulden das Aktivvermögen der Gesellschaft festgestellt und dieses dann unter die Gesellschafter verteilt werden. Durch dieses Verfahren sollen lediglich die Interessen der Gesellschafter gewahrt werden. Dass diese Vorschriften nicht zugunsten der Gläubiger oder im öffentlichen Interesse

1) Windscheid-Kipp II. § 408 Anm. 4; Staub 1906 S. 442.
2) § 727 B.G.B.

gegeben sind, geht daraus hervor, dass das »gesperrte Jahr« fehlt [1]).

Die Gesellschafter sind aber nicht gerade an diese vom Gesetz vorgeschriebenen Art der Auseinandersetzung gebunden, sie können vielmehr, wenn es ihnen ratsam erscheint, eine andere Form vereinbaren, ein Zwang darf jedoch hiebei auf keinen Gesellschafter ausgeübt werden. Meist wird eine abweichende Art schon im Gesellschaftsvertrag niedergelegt sein.

Die hauptsächlichste Abweichung von der gesetzlichen Regel wird wohl der Fall bilden, wo ein Gesellschafter das ganze Gesellschaftsvermögen gegen eine einmalige Abfindungssumme und Uebernahme der Gesellschaftsschulden übernimmt.

Ist eine derartige abweichende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag oder während des Bestehens der Gesellschaft bis zu deren Aufkündigung getroffen, so muss der Gläubiger des Gesellschafters, auch wenn er dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen hat pfänden lassen, dieses Uebereinkommen gegen sich gelten lassen, da ihm ein Anspruch nur auf das zukommt, was dem Schuldner gebührt. Dagegen braucht er eine solche Vereinbarung nicht gegen sich gelten zu lassen [2]), wenn dieselbe erst nach der Kündigung getroffen wurde, da er durch die Kündigung ein absolutes Recht auf das hat, was dem Schuldner im Moment der Kündigung zukommt.

Da die Gesellschaftsgläubiger an der Auseinandersetzung kein Interesse haben, so brauchen sie auch

---

1) B.G.B. § 51.

2) Behrend I S. 565; Staub S. 440.

deren Resultat nicht abzuwarten; sondern können sich, soweit das Privatvermögen der Gesellschafter ihnen verhaftet ist, aus diesem befriedigen.

Während der Auseinandersetzung besteht die Gesellschaft fort [1]), aber ihr Zweck ist geändert, insofern nur das Gesellschaftsvermögen auseinander gesetzt werden soll, dagegen bleiben die Gesellschafter unter einander nach wie vor verbunden und mit ihnen das Gesellschaftsvermögen [2]).

Ist die Gesellschaft infolge des Ablebens eines Gesellschafters aufgelöst, so tritt bei der Auseinandersetzung dessen Erbe an seine Stelle. Einer allenfallsigen Mehrheit von Erben stehen die Rechte des Erblassers zur gesammten Hand zu [3]).

Nach H.G.B. waren zur Liquidation besondere Liquidatoren erforderlich; das B.G.B. überlässt es den Gesellschaftern, ob sie das Geschäft selbst besorgen wollen oder gleich im Gesellschaftsvertrage oder späterhin Liquidatoren ernennen wollen. Die Liquidatoren sind mangels besonderer Abmachungen zu allen im § 730 B.G.B. aufgeführten Handlungen ermächtigt.

Ist nichts anderes vereinbart, so sind zur Geschäftsführung während der Auseinandersetzung alle Gesellschafter bezw. die Erben gemeinschaftlich [4]) befugt. Die Vorschriften des § 709 B.G.B. finden entsprechende Anwendung. Der Gläubiger, auf dessen Betreiben die Auflösung erfolgte, hat an der Geschäftsführung keinen Anteil. An Stelle des Gemein-

1) § 730 II B.G.B.
2) R.G. Bd. 25 S. 152.
3) a. A. Staub S. 449.
4) § 730 II B.G.B.

schuldners handelt der Konkursverwalter. Ein richterliches Abberufungs- oder Einsetzungsrecht besteht nicht.

Die Auseinandersetzung erfolgt in Ermangelung einer andern Vereinbarung in Gemässheit der §§ 732 bis 735. Im übrigen gelten für die Teilung die Vorschriften über die Gemeinschaft [1]).

In erster Linie sind diejenigen Gegenstände, die der Gesellschaft von einem Mitglied zur blossen Benützung überlassen sind, an diesen herauszugeben, da ihre Ueberlassung nur die Förderung des Gesellschaftszwecks im Auge hatte. Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann kein Ersatz verlangt werden [2]). Nur im Falle der verschuldeten Verschlechterung kann der Gesellschafter Schadensersatz beanspruchen.

Nach Planck [3]) steht dem Gesellschafter dieser Anspruch nur gegen den Geschäftsführer zu, nicht auch gegen die übrigen. Das wäre für den Gesellschafter unter Umständen sehr nachteilig, so z. B. wenn die Geschäftsführung nicht einem Gesellschafter, sondern einem Dritten zusteht, der im Auftrag der Gesellschaft handelt. In einem solchen Fall besteht zwischen dem Gesellschafter und dem Dritten gar kein rechtliches Verhältnis, weil nach § 718 B.G.B. die durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände Gesellschaftsvermögen werden. Wenn also Planck einen Anspruch lediglich gegen die Geschäftsführer annimmt, so dürfte er mit dieser Ansicht im Unrecht sein.

---

1) § 731 B.G.B.

2) § 732 B.G.B.

3) Planck II S. 478.

Ebensowenig trifft Cosack [1]) das Richtige, wenn er behauptet, es liege eine Gesellschaftsschuld vor. Die Verpflichtung zur Ueberlassung des Gebrauchs beruhte ja auf dem Gesellschaftsvertrag und war deshalb den Gesellschaftern gegenüber begründet. Diese sind daher auch gehalten, die überlassene Sache vertragsmässig zu benützen und haben Veränderungen und Verschlechterungen, die durch einen vertragswidrigen Gebrauch entstehen, zu vertreten. Ist dem Geschäftsführer die Benützung der Sache durch die Gesellschafter übertragen und wird der Gegenstand infolge seines Verschuldens verschlechtert, so haben die Gesellschafter das Verschulden des Geschäftsführers gemäss § 278 B.G.B. zu vertreten.

Nach Rückgabe der zum Gebrauche überlassenen Gegenstände sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden zu berichtigen und zwar einschliesslich derjenigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften [2]).

Zu den »gemeinschaftlichen Schulden« im Sinne des § 733 gehören nicht alle diejenigen, für die zufällig alle einzelnen Gesellschafter haften, sondern nur die mit den Gesellschaftszwecken innerlich zusammenhängenden, die Gesellschaftsschulden in dem in § 718 festgestellten Sinne [3]).

---

1) Cosack II S. 383.

2) § 733 B.G.B. Hier ist namentlich an d. Ansprüche aus der Geschäftsführung und wegen Bezahlung einer Gesellschaftsschuld aus dem Privatvermögen gedacht.

3) Crome, § 284 III; Gierke, Verein S. 35; Goldmann-Lilienthal S. 777 Anm. 56; Jäger zu K.O. § 51 Anm. 6; Knoke S. 118;

Die zur Berichtigung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten erforderlichen Gelder sind zurückzubehalten [1]). Dies geschieht zu dem Zwecke, um eine Inanspruchnahme der einzelnen Gesellschafter wegen dieser Forderungen nach der Auflösung zu vermeiden.

Für bedingte Forderungen fehlt eine analoge Vorschrift.

Aus dem nach Tilgung der Verbindlichkeiten übrigbleibenden Betrage sind die Einlagen bezw. deren Wert zur Zeit ihrer Einbringung, falls sie in re erfolgten, zurückzuerstatten [2]).

Da die Einlagen in das gemeinsame Vermögen übergegangen sind, um die Gesellschaftszwecke zu fördern, so ist es in der Natur der Sache begründet, dass nach der Auflösung die Einlagen an die Einleger zurückgehen, da mit der Auflösung ihr Zweck weggefallen ist.

Der Gesellschafter kann aber nicht verlangen, dass ihm die quoad sortem eingebrachte Sache in Natur zurückerstattet werde, sondern er hat lediglich einen Anspruch auf Entschädigung in Geld. Andererseits kann der betr. Gesellschafter aber auch seitens der übrigen nicht zu einer Rücknahme in Natur gezwungen werden.

---

Planck Nr. 1; Staudinger § 733 I, 1 b; Schollmeyer S. 157 Anm. 1; Oertmann S. 794.

1) Ueber die Art der Zurückbehaltung schweigt das Gesetz; gewöhnlich wird sie wohl durch Hinterlegung (§§ 372 B.G.B. ff.) betätigt. Vgl. Oertmann S. 795.

2) § 733, II, B.G.B. Unter Wert ist hier nur der objektive, nicht der subjektive Wert oder gar das Interesse des einlegenden Gesellschafters zu verstehen. Vgl. Oertmann S. 795.

Aus diesem Grunde ist bei nicht in Geld bestehenden Einlagen eine Schätzung nötig. Der hiebei festgestellte Wert ist bei der Auflösung der massgebende. Da durch die Uebertragung die Gegenstände in das Vermögen der Gesellschaft übergehen, so geht in diesem Augenblick die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der eingebrachten Sachen auf die Gesellschaft über; dafür kommt ihr aber auch ein eventuelles Steigen im Werte zu statten.

Nicht erstattet werden persönliche Leistungen und ebensowenig diejenigen Einlagen, welche nur in der Ueberlassung der Benutzung bestimmter Gegenstände bestanden haben. Der innere Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass auch für die Früchte und Nutzungen der quoad sortem eingebrachten Gegenstände kein Ersatz geleistet wird [1]). Unter Umständen kann sich durch diese Gesetzesbestimmung eine grosse Härte ergeben, so z. B. wenn der Wert der als Beitrag geleisteten Dienste den der Kapitalien übersteigt. Das Gesetz kennt jedoch keine Ausnahme und deshalb muss der Gesellschafter sich gegen eine solche Unbilligkeit von vornherein sichern.

Zur Realisierung der im Vorstehenden erwähnten Vorschriften ist das Gesellschaftsvermögen, soweit nötig, zu versilbern. Eine nähere Bestimmung, in welcher Reihenfolge die Verwertung vorzunehmen ist, gibt das Gesetz nicht; es ist dies dem Gutdünken und der Vereinbarung der Gesellschafter anheimgegeben.

Was nach Tilgung der Schulden und Rückerstattung der Einlagen noch verbleibt, bildet den Ge-

1) Vgl. Planck II S. 478.

winn. Dieser gebührt den Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn [1]). Jedoch bleibt der Ueberschuss Eigentum zur gesammten Hand, er wird nicht Miteigentum zu ideellen Teilen. Deshalb kann auch jetzt noch kein Gesellschafter über seinen Anteil verfügen, sondern er hat lediglich einen Anspruch darauf, dass er bei der Teilung den ihm gebührenden Teil erhalte.

Die Teilung erfolgt mangels besonderer Vereinbarungen gemäss §§ 752—754 und 757 B.G.B. Nach § 752 erfolgt die Teilung in Natur, wenn der Gegenstand ohne Wertminderung geteilt werden kann. Die Verteilung gleicher Teile unter die Genossen geschieht durch das Los.

Die Teilung ist Sache der Gesellschafter, ein Teilungsurteil ist dem B.G.B. unbekannt [2]). Eine Aenderung in den Eigentumsverhältnissen tritt nicht schon durch die Vornahme der Teilung, sondern erst durch die Vornahme des dinglichen Uebertragungsaktes ein. Ist der einem Gesellschafter überwiesene Gegenstand oder das ihm zuerkannte Recht fehlerhaft, so haften ihm die übrigen Gesellschafter dafür, nach den Grundsätzen über den Kauf und zwar nach dem Verhältnis ihrer Gewinnanteile.

Lässt sich eine Teilung in Natur nicht durchführen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung und durch

---

1) § 734 B.G.B.

2) vgl. Knoke S. 121.

Teilung des Erlöses [1]). Die Auflösung wird aber nicht schon durch den Verkauf bewirkt, sondern erst durch die Verteilung des Erlöses, weil der Verkauf durch die noch eine Gesamthand bildenden Gesellschafter bewirkt wird und ihnen der erzielte Erlös deshalb einstweilen als Gesamtgut gehört. Ist die Veräusserung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Gesellschaftern zu versteigern [2]). War die Versteigerung erfolglos versucht, so kann jeder Gesellschafter verlangen, dass der Versuch wiederholt werde; misslingt der beantragte neuerliche Versuch, so fallen die dadurch verursachten Kosten ihm zur Last [3]).

Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist ohne Zustimmung aller Gesellschafter nur dann möglich, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Teilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen [4]).

Hat ein Gesellschafter gegen einen anderen Gesellschafter eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen [5]). Dies trifft z. B. dann zu, wenn einem Gesellschafter gegen einen andern ein Schadensersatzanspruch zusteht, weil ihm durch den andern die Erfüllung seiner Beitragspflicht verschuldetermassen unmöglich wurde. In

---

1) § 753 B.G.B.
2) § 753 B.G.B.
3) § 753 Abs. 2. B.G.B.
4) § 754 B.G.B.
5) §§ 731, 756 B.G.B.; Cosack II S. 384.

einem derartigen Falle erscheint es billig, dass der betr. Gesellschafter für seine auf der Gesellschaft beruhenden Forderungen aus dem Anteil des Schuldners am Gesellschaftsvermögen sich befriedigen kann.

Wenn die Protokolle[1]) und Planck[2]) annehmen, dass dieser § 756 durch § 733 B.G.B. ersetzt werde, so ist dazu zu bemerken, dass die Vorschriften des § 733 nur auf diejenigen Forderungen Anwendung finden, die sich gegen alle übrigen Genossen richten. Nur bei solchen Forderungen ist eine Vorabbefriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen gerechtfertigt. Dagegen ist bei Forderungen, die ein Gesellschafter nur gegen einen einzelnen Gesellschafter hat, z. B. wegen eines Schadens, den ein Gesellschafter dadurch erlitten hat, dass dem andern die Erfüllung seiner Beitragspflicht aus Selbstverschulden unmöglich wurde, eine Befriedigung für diese auf der Gesellschaft beruhenden Forderungen aus dem Anteil des Schuldners am Gesellschaftsvermögen gerechtfertigt. Dieses Recht steht dem Gesellschafter auch im Konkurs des andern Gesellschafters zu, insofern er ein Absonderungsrecht an dem bei der Teilung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners bezüglich seiner Forderung aus dem Gesellschaftsverhältnis hat[3]).

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Tilgung der Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen[4]) nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehl-

1) Prot. II S. 767.

2) Planck II S. 478.

3) KO. § 51.

4) Nach Entw. I § 656, Abs. 3 sollte der Ausfall an den Einlagen nur von denjenigen Gesellschaftern getragen werden, die Einlagen gemacht hatten. Vgl. Knoke S. 122.

betrag nach dem Verhältnis ihrer Verlusttragung aufzukommen[1]). Der zur Deckung der Schulden fehlende Betrag fliesst in die Gesellschaftskasse, da nur dadurch, dass diese zahlungsfähig wird, die einzelnen Gesellschafter vor dem Zugreifen der Gläubiger bewahrt bleiben.

Steht jedoch einem Gesellschafter eine Forderung gegen die übrigen zu, oder kann er seine Einlage zurückfordern, so kann er jetzt von den einzelnen Gesellschaftern eine sofortige anteilsmässige Befriedigung verlangen. Dieses Recht auf unmittelbare Befriedigung ergibt sich aus § 28 K.O.; eine Einzahlung in die Gesellschaftskasse, die nach B.G.B. denkbar wäre, findet in diesem Fall nicht statt.

Mit der Beendigung der Auseinandersetzung ist die Gesellschaft völlig erloschen. Sind bei der Auseinandersetzung Gesellschaftsschulden übersehen worden, so können sich die Gläubiger nicht mehr an das Gesellschaftsvermögen halten, sondern nur mehr an die einzelnen Gesellschafter, insoweit diese mit ihrem eigenen Vermögen haften. Besteht eine derartige Haftung nicht, so verhilft ihnen § 419 B.G.B. zu ihren Ansprüchen. Denn die Verteilung des Gesellschaftsvermögens ist der Übertragung eines Vermögens auf einen andern gleichzuachten[2]). Aus diesem Grunde haften die Gesellschafter dem Gläubiger mit dem, was sie durch die Teilung erlangt haben, und zwar als Gesamtschuldner. Der Gesellschafter, der den Gläu-

1) § 735 B.G.B.; vgl. Cosack II S. 384; v. Hahn I S. 597; Behrend I S. 579; Staub S. 384, 481, 492.

2) Vgl. Knoke S. 123.

biger befriedigt, hat gegen die übrigen einen verhältnismässigen Ersatzanspruch [1]).

## § 12. Schluss.

Einen Hauptfall der Gelegenheitsgesellschaft bilden, wie im alten, so auch im neuen Recht die sogen. Konsortien.

Es gelten im allgemeinen dafür dieselben Grundsätze wie im alten Recht oben Seite 39 ff., soweit nicht etwa durch die veränderten Grundsätze des B.G.B. Abweichungen sich ergeben haben. Mancherlei Grundsätze, die für das alte Recht die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts entwickelt hatte, haben jetzt durch B.G.B. ausdrückliche Anerkennung gefunden, so z. B. für Seite 82 (I) Anm. 1, B.G.B. §§ 713, 666; für Seite 82 (I) Anm. 3 B.G.B. §§ 713, 665, für Seite 83 (I.) Rechnungslegung §§ 713, 666, 721, 259, 716, B.G.B.

Im wesentlichen ist also, wie wir im Vorstehenden gezeigt haben, die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft des heutigen Rechts aus den Bestimmungen des B.G.B. heraus zu beurteilen. Nur in wenigen Punkten haben die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Geltung behalten.

Vor allem ist hier § 346 H.G.B. zu erwähnen, nach welchem für Kaufleute hinsichtlich der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen sind.

Auch bezüglich der Sorgfalt bestimmt H.G.B., dass derjenige Schuldner, auf dessen Seite das Ge-

1) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte § 61 I; Cosack II S. 386; Kipp II § 408.

schäft ein Handelsgeschäft ist, zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet sei: Jedoch findet dieser § 347 H.G.B. kraft seiner eigenen ausdrücklichen Bestimmung da keine Anwendung, wo das B.G.B. den Kaufmann nur für grobe Fahrlässigkeit oder für diligentia quam suis haften lässt, und das trifft bei der Gelegenheitsgesellschaft zu.

Konventionalstrafen, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen hat (§ 348 H.G.B.), bleiben in jeder Höhe bei Bestand. Eine richterliche Herabsetzung, wie sie § 343 B.G.B. hat, ist ausgeschlossen, es sei denn, dass die Kaufleute, welche die Gelegenheitsgesellschaft geschlossen haben, Minderkaufleute seien.

Eine besondere Abweichung gegenüber dem B.G.B. findet sich im § 352 H.G.B. bezüglich der Zinsen. Denn während § 246 B.G.B. im Zweifel überall da, wo Verzinsung stattzufinden hat, eine solche von vier Prozent vorschreibt, beträgt nach H.G.B. die Höhe der gesetzlichen Zinsen mit Einschluss der Verzugszinsen fünf vom Hundert. Dieser Zinsfuss gilt auch dann, wenn Zinsen vereinbart sind, ohne dass über die Höhe des Zinsfusses eine Verabredung getroffen worden wäre. Vorausgesetzt ist ein beiderseitiges Handelsgeschäft; ein solches liegt vor, wenn beide Teile Kaufleute sind, ob Voll- oder Minderkaufleute, ist gleich. Dieser § 352 H.G.B. wird bei der Berechnung der Gewinnanteile, der Ansprüche für Geschäftsführung, Ersatz von Auslagen u. s. w. eine grosse Rolle spielen.

Hiezu tritt noch § 353 H.G.B., der Kaufleute untereinander berechtigt, für ihre Forderungen aus

beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern.

Für das »Einbringen« findet auch § 366 H.G.B. Anwendung. Auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 H.G.B. kann in dem Verhältnis der handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschafter eine Rolle spielen.

Für die Geschäfte der handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft mit Dritten kommt natürlich, soweit es sich um handelsrechtliche Geschäfte nach § 345 H.G.B. handelt — und das wird wohl immer der Fall sein — das Handels-Obligationenrecht zur Anwendung. Doch ist darauf nicht näher einzugehen, weil es sich dabei nicht um Abweichungen der handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft von der Gelegenheitsgesellschaft des bürgerlichen Rechts handelt, sondern um Konsequenzen des Kaufmannsbegriffes und um die allgemeine Anwendbarkeit des Handelsrechts.

Die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft bietet also, wenn auch keine bedeutenden, so doch immerhin einige nicht ganz unwichtige Abweichungen gegenüber der Gelegenheitsgesellschaft des bürgerlichen Rechts. Die Abweichungen brauchten deshalb nicht so bedeutend zu sein, weil das bürgerliche Gesetzbuch hier, wie so oft, die Grundsätze des alten Handelsrechts übernommen und verallgemeinert hat. Immerhin ist auch heute noch an dem Begriffe einer besonderen handelsrechtlichen Gelegenheitsgesellschaft festzuhalten.